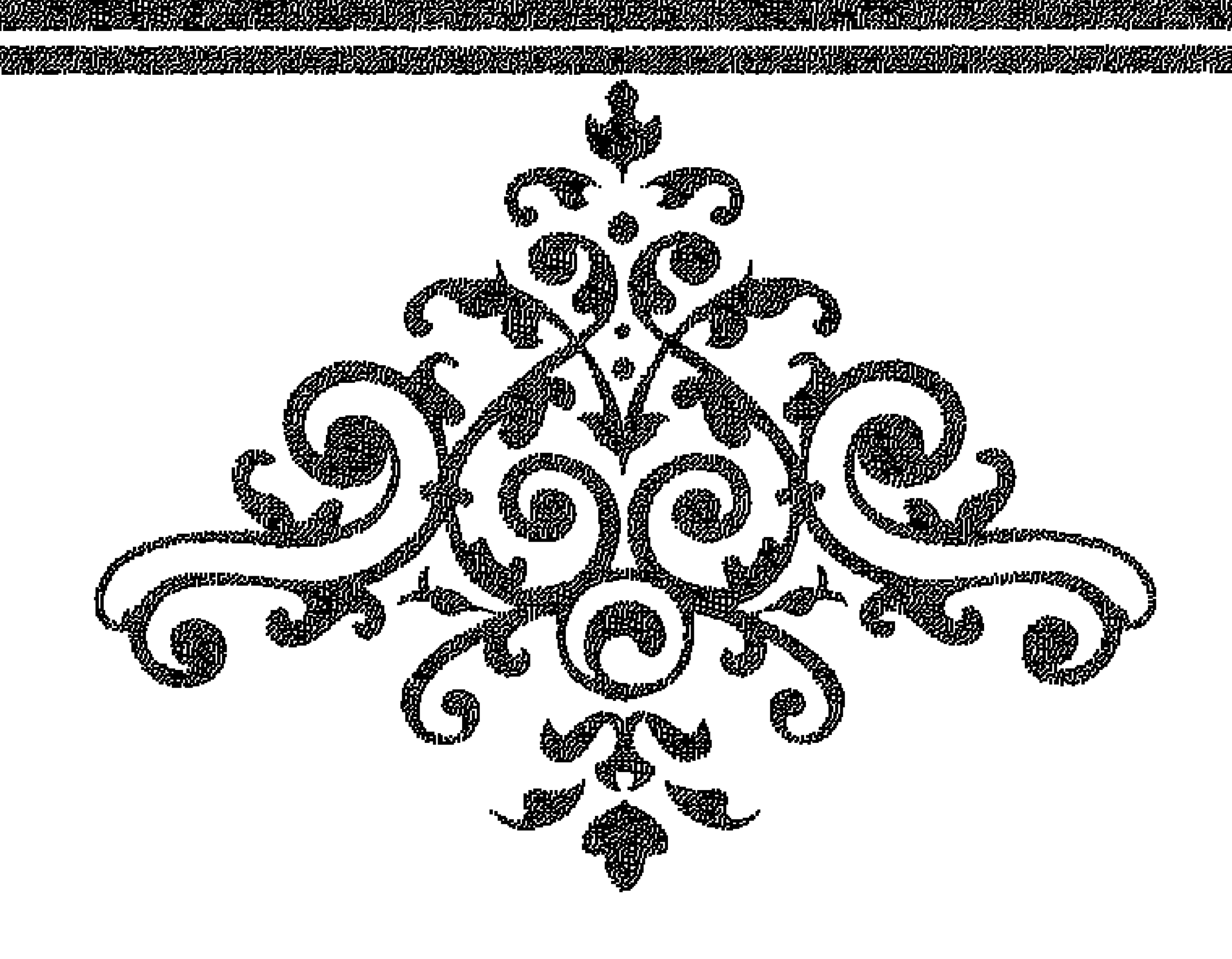


الولايات الخاصة

الولاية
على النفس والمال
فى
الشريعة الإسلامية

دكتور نصر فريد واصل

مفتى الديار المصرية

سابقا

دار الشروق

الولايات الخاصة

الولاية على النفس والمال
فى الشريعة الإسلامية

الطبعـة الأولـى
١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م

© دار الشروق
أسسها محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكترونى: email: dar@shorouk.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ابن عبدالله الهادى الأمين، وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن اهتدى بهديه وسار على طريقته ونهجه إلى يوم الدين، وبعد:

فقد كرّم الله الإنسان غاية التكريم ورفع منزلته ومكانته على مكانة ومنزلة الملائكة المقربين الذين لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون وجعل له وحده استخلاف هذه الأرض، وسخر له كل ما فى السموات وما فى الأرض وما بينهما، وجعل له الولاية الشرعية والوصاية على نفسه وبنى جنسه وما خلق له من أجله، وذلك بمقتضى العهد الذى أخذ الإنسان على نفسه مع خالقه وعقد الأمانة الذى التزم به أمام بارئه ومولاه حسبما جاء فى كتابه الكريم وصدق الله العظيم فى قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾(١).

والمراد بالأمانة هنا أمانة المسئولية الدينية والدنيوية التى خلق الإنسان من أجلها والتى يدل عليها وعلى الغاية منها قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴿٥٦﴾ مَا أُرِيدُ مِنْهُم مِّن رِّزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَن يُطْعِمُونِ ﴿٥٧﴾ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ﴾(٢).

ولتحقيق هذه الخلافة الشرعية للإنسان وهذه الغاية النبيلة وهى عبادة الله وحده عبادة خالصة صحيحة بمعناها العام والخاص، كما أراد الله وأمر وهو

---

(١) سورة الأحزاب: آية ٧٢.

(٢) سورة الذاريات: آية ٥٦ - ٥٨.

إطاعته فى كل أوامره ونواهيه فى أمور الدين والدنيا معا، فقد أنزل الله على أنبيائه ورسله من التشريعات الإلهية والسماوية والتى جاءت كاملة وشاملة وواضحة ومفصلة وصالحة لكل إنسان فى كل زمان وفى كل مكان فى رسالة الإسلام، التى ختم الله بها كل الرسالات السماوية والأديان على يد محمد بن عبدالله رسول الإسلام والسلام، عليه وعلى جميع الأنبياء والرسل أفضل الصلاة والسلام.

وإن من التشريعات الإسلامية والنظم القانونية التى يحتاجها الإنسان فى حياته الدنيوية لتحقيق خلافته الشرعية لله فى الأرض وعبادته فيها حق العبادة بما يحقق له الحصول على منافع الحياتين معا ودوامها له معا فى الدنيا والآخرة، تلك التشريعات التى تتعلق بالولاية الخاصة للإنسان على نفسه وماله أو على نفسه فقط أو على نفس غيره وماله أو على نفسه فقط أو على ماله فقط وعليها جميعا، وذلك اعتمادا على الواقع المادى والفعلى بالنسبة لتصرفات الإنسان فى هذه الحياة حسب الإرادة التى تباشرها أو يتولاها، والمفترض فيها أن تكون مكتملة وقادرة على أن تكون التصرفات المباشرة لها محققة لغرضها الشرعى، سواء كانت ذاتية أو كانت متعدية إلى الغير، وقد لا يتحقق معها هذا الكمال فتنعدم معها الإرادة الذاتية التى تتحقق معها المسئولية الشرعية الذاتية أو المتعدية، فكان لذلك ما يناسبه من الأحكام التشريعية التى لا بد من بيانها لمعرفة الآثار الشرعية التى تتعلق بتصرفات الإنسان الذاتية والمتعدية فى هذه الحياة، والتى بحثها الفقهاء فى مذاهبهم الفقهية المختلفة فى الأحكام العملية الشرعية المتعلقة بالولاية على النفس والمال، ضمن الكلام عن نظام الأسرة ومسائل الأحوال الشخصية والحقوق والواجبات المتعلقة بها من الناحية الشخصية والاجتماعية والمالية، بما يترتب عليه النظر من عندهم للكلام عن ولاية الإنسان على نفسه وعلى غيره، جنينا كان أو صغيرا أو غير كامل للأهلية أو كان عديما لها، مع بيان حدود الولاية الشرعية فيها من الناحية الذاتية أو المالية أو هما معا والشروط الواجب توافرها لذلك بالنسبة للولى والمولى عليه، وبهذا اقتضى المقام التعرض للكلام عن ولاية الحضانة وولاية الإنفاق الخاصة ونفقة الأولاد والأقارب فى الشريعة الإسلامية.

ونظرا لأن هذا الجانب من الفقه التشريعى الإسلامى لم يأخذ حظه الكامل من البحث والدراسة المعاصرة، بما يناسب الحال والمقام فى ظل التوجه الغالب من المسلمين إلى التقارب بين المذاهب والآراء الفقهية المختلفة فى بعض الأحكام العملية المتعلقة بالإنسان فى هذه الحياة، حسب فهمهم لتفسير النصوص الشرعية طبقا لقواعده الفقهية والشرعية فى الاجتهاد والاستنباط، والتى غايتها جميعا الوصول إلى الحكم الشرعى الصحيح الذى أمر الله به وأراد من وجهة نظر الفقيه والمجتهد فى الأحكام الشرعية العملية، وإن لم يصل فى الحقيقة إلى حكم الله المراد إذا لم يكن النص قاطعا فى الحكم المراد، وإنما يكفى الوصول إلى معرفة الحكم الشرعى حسب ما يغلب على ظن المجتهد أو الفقيه ما دام أنه يصل إليه بالمنهج الشرعى الصحيح والسليم، طبقا للقواعد والضوابط الشرعية التى يعرف فى محلها عند علماء أصول الفقه الإسلامى فى مباحثهم الأصولية.

وفى ظل هذا التقارب فى وجهات نظر فقهاء المذاهب المختلفة للوصول إلى قول فقهى أو مذهب يناسب الحال والعصر ومصالح الناس بما لا يتعارض مع نص قطعى من نصوص الشارع الإسلامى الحكيم، فقد اتجهت التشريعات القانونية فى الدول الإسلامية غالبا إلى وضع تشريع قانونى يعتمد فى تشريعاته القانونية على الفقه الإسلامى كله بغير التمسك أو التعصب لمذهب معين، اعتمادا على أن جميع المذاهب الفقهية مصدرها واحد وهو الشريعة الإسلامية ونصوصها التشريعة، وهو اتجاه حسن، ندعو أن يوفق المسلمون وأولوا الأمر فيه لتحقيق هذا الرجاء الذى هو أمل كل المسلمين وغايتهم فى كل مكان من زمن بعيد..

هذا وقد حاولت بهذه الدراسة جهد استطاعتى أن تكون عونا لطلاب العلم والباحثين فيه والقضاة والمفتين للوصول إلى تحقيق هذا الهدف النبيل، فإن كنت قد أصبت فبفضل من الله وعونه ورحمته، وإن كنت قد أخطأت أو قصرت فحسبى أننى بشر وأننى قد اجتهدت قدر استطاعتى البشرية، وفى ظنى الوصول إلى إحدى الحسنيين التى بشر الله به المجتهدين فى المسلمين فى أحكام دينه الشرعى بقوله صلى الله عليه وسلم: «من اجتهد فأصاب فله أجران، ومن

اجتهد فأخطأ فله أجر». وفى ظنى أننى عند حسن ظنى بربى الذى هو دائما عند حسن ظن عبده به فى طلب الخير منه والرجاء، والله ندعو أن يحقق لنا معه هذا الرجاء إنه نعم المولى ونعم النصير وهو بالإجابة جدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

فى غرة شهر رمضان المعظم ١٤٢٢هـ

١٦ نوفمبر ٢٠٠١م

دكتور نصر فريد واصل

مفتى الديار المصرية سابقا

الولاية على النفس والمال

تعريف الولاية:

الولاية فى اللغة : بكسر الواو : السلطة والحكم ومنها السلطان أى الحاكم أو الوالى، ويكسر والفتح : النصرة ومن ذلك قوله تعالى : ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا......﴾[1] . وهى بالفتح فقط المصدر وبالكسر فقط الاسم[2].

الولاية عند الفقهاء : وأما تعريف الولاية عند الفقهاء شرعا فهى : سلطة شرعية بموجبها يكون للولى على المولى عليه ولاية النفس والمال معا، أو النفس فقط أو المال فقط، بغرض الحفظ والصيانة المشروعة. وهى إما عامة وإما خاصة، والولاية على النفس والمال معا تسمى ولاية تامة أو كاملة، والعامة هى ولاية السلطة العامة والولاية المنبثقة عنها، والخاصة وهى المتعلقة بآحاد الناس وأفرادهم أصلا، والكلام هنا عن الولاية الخاصة، والولاية على النفس فقط أو المال فقط تسمى ولاية قاصرة أو ولاية ذاتية[3] .

والولاية الكاملة لا تتحقق إلا مع فاقدى الأهلية. وأما الولاية القاصرة، فإنها تتحقق مع الذات أو مع ناقصى الأهلية.

---

(١) سورة الأنفال : ٧٢ .

(٢) مختار الصحاح مادة : «ولى» ولسان العرب فصل الواو حرف الواو والياء.

(٣) راجع المغنى ٤/ ٥٠٥ وما بعدها، ٧/ ٤٩١ وما بعدها، ٥٣٥، ٦١٢، ٩/ ١٣٣، ٢٣٧ وما بعدها، ٣٠٧، ٣٠٩، ٣١٩.

فاقدو الأهلية : وفقد الأهلية ـ والمراد بها أهلية الأداء[1] والتصرف ـ يتحقق بلا خلاف مع المجنون والمعتوه والصغير وغير المميز . ولهؤلاء جميعا أهلية وجوب كاملة .

ناقصو الأهلية : يتحقق نقص الأهلية بلا خلاف مع السفيه المحجور عليه فى ماله ومع المريض مرض الموت فى تصرفه المالى بما يزيد على الثلث . ومع المرأة البالغة البكر إذا تولت عقد نكاحها بغير إذن وليها . ويتحقق نقص الأهلية مع الخلاف فى الصبى المميز فى تصرفه المالى ، وفى المرأة الثيب إذا تولت عقد نكاحها بنفسها بعد إذن وليها ، وفى السفيه الذى تعدى سن الرشد وظل سفيها .

أنــواع الولايــــة

لا تخرج الولاية فى الفقه الإسلامى من خلال استقراء كلام الفقهاء فى المذاهب الفقهية عن نوعين من الولاية :

أحدهما : ولاية ذاتية .

الثـــانى : ولاية غير ذاتية .

أولا : الولاية الذاتية : وهى المعروفة عندهم بالولاية القاصرة ، وهى التى تكون على ذات الإنسان ونفسه معا أو على ماله فقط أو على نفسه فقط ، وتسمى هذه الولاية بالولاية غير المتعدية لأنها تقتصر على ذات الإنسان فقط فى نفسه وماله معا ، أو فى نفسه فقط أو فى ماله فقط . فهى لا تتعدى إلى الغير ، ولهذا سميت قاصرة أو غير متعدية أو ولاية ذاتية .

ثانيا : الولاية غير الذاتية : وهى الولاية على غير نفس الإنسان وماله ، وهى أيضا قاصرة وكاملة . فالقاصرة هى التى تكون على النفس فقط أو المال فقط . وأما

(١) الأهلية تنقسم إلى قسمين : أهلية وجود وأهلية أداء . والأولى تثبت لكل إنسان بصفته بمجرد ميلاده ، وهى ناقصة فى الجنين وكاملة مع تمام الولادة . وأهلية الأداء تثبت بتحقق شروط التكليف الشرعى وهى ناقصة وكاملة .

الكاملة، فهي التي تكون على الاثنين معا النفس والمال. والولاية الكاملة تسمى ولاية على الغير متعدية، وتشمل النفس والمال. والولاية غير الكاملة على الغير تسمى ولاية غير متعدية، وهي تشمل النفس فقط أو المال فقط وتسمى ولاية متعدية قاصرة.

مصدر الولايات في الفقه الإسلامي:

ومصدر الولايات جميعا في الإسلام هو الشرع. فالولاية الذاتية مصدرها الشارع الحكيم، وهي ولاية أصلية منحها المشرع إلى الإنسان على نفسه وماله معا أو على نفسه فقط أو على ماله فقط، حسب النصوص الشرعية الواردة في ذلك والمنظمة لكل أحكامها، حسبما وضحه الفقهاء في اختلاف مذاهبهم الفقهية، وأصل هذه الولاية هو الاستخلاف الشرعي الذي يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً﴾[1] والمراد به الإنسان.

وأما الولاية غير الذاتية، فهي إما أن تكون من الشارع فتسمى حينئذ ولاية نيابية والشرع مصدر الولاية الذاتية وغير الذاتية أصلا لقوله تعالى: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ والمراد به الإنسان ومصدر الولاية النيابية هو الإرادة الشرعية والإذن الشرعي والعقد.

والولاية النيابية، إما أن تكون عامة، وإما أن تكون خاصة، فالعامة تتحقق معها الولاية العامة على الناس، وبها تتحقق الولايات العامة والإمارات على الناس، ومصدر هذه الولاية هو العقد الشرعي العام، وهو عقد المبايعة بين الناس بعضهم وبعض لواحد منهم ليتولى الإمارة عليهم لتنفيذ الأحكام الشرعية فيما بينهم في كل أمور الحياة. أي أمور الدنيا والدين معا.

وأما الولاية الخاصة، فمصدرها العقد الخاص وهو يتحقق بالنيابة الشرعية الخاصة فيما بين الناس بعضهم وبعض وهي لا تتحقق إلا مع كاملي الأهلية بين

---

(١) سورة البقرة: ٣٠.

طرفى العقد وهما النائب والأصيل أو الموكل والوكيل، وهذه الولاية تشمل الوكالة والوصاية.

وبذلك تنقسم الولاية الخاصة إلى قسمين رئيسيين هما:

١ ـ الوكالة .

٢ ـ الوصاية .

ومحل دراستنا هو الولاية الشرعية الخاصة نفسها أى القاصرة والمتعدية والتى مصدرها الشرع وليس العقد، وسوف نبدأ بالكلام عن الولاية الذاتية، وهى الولاية على النفس ثم نتبعها بالولاية المتعدية على نفس الغير أو ماله.

الولاية على النفس

أولا : الولاية الذاتية

والمراد بالولاية الذاتية الولاية على الإنسان وذاته وتعرف بالولاية القاصرة.

حدود هذه الولاية : وهذه الولاية تشمل حفظ الإنسان لدينه، وحفظه لذاته، وحفظه لعقله، وحفظه لعرضه، وحفظه لنسبه، وحفظه لنوعه أى حفظه للأنواع الخمسة.

أولا : حفظ الإنسان لذاته :

وحفظ الإنسان لذاته يتحقق بأمرين لا غنى لأحدهما عن الآخر، الأول: جانب الفعل وهو الجانب الإيجابى، والثانى: جانب الترك وهو الجانب السلبى، فالجانب الإيجابى وهو جانب الفعل، يتحقق بكل الأفعال المادية التى تنمى ذات الإنسان وتكون عناصره المادية، واستمرارها فى هذه الحياة لتحقيق الخلافة الشرعية، التى أرادها الله للإنسان على هذه الحياة، لعمارتها ونمائها إلى أن يشاء الله، وهذا يشمل

فعل المباح والواجب والمندوب . فالمباح يتناول كل ما أحله الله للإنسان من طيبات هذه الأرض من طعامها وشرابها لقوله تعالى : ﴿ كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾(١) ، وقوله تعالى : ﴿ كُلُوا وَاشْرَبُوا مِن رِّزْقِ اللَّهِ.... ﴾(٢) . والأمر في الآية للإباحة . وأما الواجب فهو تناول أو فعل ما لا بد منه ، لإحياء هذه النفس على جهة الحقيقة ، لإمكان مباشرة الخلافة على الوجه الأكمل الذى أراده الله تحقيقا لقوله تعالى : ﴿ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾(٣) ، والمراد به الإنسان . وهذا لا يتحقق إلا بتناول القدر الضرورى من الطعام والشراب ، الذى يحيى نفس الإنسان ويمنحها القوة والقدرة على العمل ، وتحقيق العبادة بمعناها العام والخاص لله سبحانه وتعالى ، كما أراد سبحانه . والطعام يشمل كل مطعوم ، بما فى ذلك الضروريات والحاجيات ؛ فمن الضروريات الطعام والشراب وأثمانهما ، ومن الحاجيات العناصر التى لا بد منها ، ليكون الطعام صالحا للجسم ، وهى تشمل الفاكهة والملح ؛ فالفاكهة لإصلاحه ، والملح لمنع فساده . ولهذا كانت العناصر التى تشمل هذه الأمور كلها تدخل ضمن المال الضرورى للحياة ، والذى يدخل فى أخباسه الربا المحرم فى الإسلام ، وهذه الأخباس تعرف بالأخباس المالية الربوية الخمسة ، وهى التى نص عليها الحديث الصحيح : «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والفضة بالفضة ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر والملح بالملح ربا إلا هاء وهاء. فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان هذا بيده» . . والحديث فى رواياته المتعددة فى كل كتب الصحاح ، وهذه الأخباس تشمل كل عناصر الطعام الضرورى والفاكهة والملح ، وما فى معناه من الأدوية التى لا بد منها لحفظ ذات الإنسان ، ومن الفاكهة المعادن والڤيتامينات المصنعة والتى لا بد منها لإصلاح ذات الإنسان إذا لم تتوافر فى الفاكهة الطبيعية المتاحة للإنسان .

والفعل المكون لذات الإنسان أيضا يشمل السعى والعمل لقوله تعالى : ﴿ فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾ (٤) ، كما يشمل ممارسة الرياضة التى لا بد

(١) سورة الأعراف : ١٦٠ .
(٢) سورة البقرة : ٦٠ .
(٣) سورة البقرة : ٣٠ .
(٤) سورة الملك : ١٥ .

منها لحفظ نماء الجسم واستمرار قوته وعدم ضعفه ووهنه. ويشهد لذلك قوله ﷺ : «علموا أولادكم السباحة والرماية فإنهما من فنون الحرب»، وقوله ﷺ : «ارموا بنى إسماعيل فإن أباكم كان راميا» . وقالت عائشة ـ رضى الله عنها ـ ترغيبا فى ممارسة الرياضة البدنية : «تسابقت أنا ورسول الله ـ ﷺ ـ فسبقته».

أما الجانب السلبى وهو جانب الترك فهو ترك غير المشروع والمنهى عنه، والمراد منه الانتهاء عن فعل كل ما نهى الله عنه من طعام أو شراب أو غير ذلك، مما يخل بحياة الإنسان أو يؤثر عليها فى النشاط المادى المطلوب لهذه الحياة، وهذا يشمل امتناع الإنسان عن كل ما يضره فى نفسه أو فى عضو من أعضائه بطريق مباشر. ومن المباشر قتل النفس وهو المسمى بالانتحار بين الناس وقطع العضو أو الطرف، لأن هذا كله يؤدى إلى قطع أصل الخلافة التى أمر الله بها فى الأرض ورد على الله حكمه، وهذا كفر ـ والعياذ بالله ـ ولهذا كان استحلال الموت نوع من الكفر والردة ـ والعياذ بالله منها. ويدل على منع ذلك قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾(١) . والأمر هنا للوجوب بلا خلاف لأنه باق على أصله لغة وشرعا. وهناك كثير من الأحاديث الصحيحة التى تؤيد أن ما جاء فى هذه الآيات إنما هو بطريق الوجوب أى وجوب الانتهاء عما نهى الله عنه، وأن مخالفته توجب الخلود فى النار، كما ورد فى نص الحديث : «من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده فى النار يتوجأ بها نفسه خالدا فيها أبدا» . ومن الأشياء المأمور به هنا أيضا الامتناع عن الطعام أو الشراب أو العلاج أو الدواء الذى لا بد منه لحياة الإنسان، لأن ذلك يدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾(٢) . والأمر هنا واجب النفاد، وهو باق على أصله بلا خلاف، والامتناع عن كل ما ذكر أو بعضه فيه هلاك للنفس بطريق مباشر أو غير مباشر، وكل ما يؤدى إلى الواجب يكون واجبا بلا خلاف، وهو من باب مقدمات الواجب، كما قال علماء أصول الفقه وعلماء أدلة الأحكام الشرعية.

ومن الأفعال غير المباشرة أيضا والمنهى عنها الامتناع عن ممارسة الأعمال

---

(١) سورة النساء : ٢٩.

(٢) سورة البقرة: ١٩٥.

الرياضية التى لا بد منها لتكوين ذات الإنسان، وأدناها المشي والسعى في الأرض، كما أمر الله فى قوله تعالى: ﴿فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾(١) . وفعل العبادات العملية والسعي إليها كالصلاة والحج. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾(٢) .

ثانيا : حفظ الإنسان لعقله :

وحفظ العقل يتحقق من حيث الفعل الإيجابى بكل ما يحفظ النفس والذات، وأما حفظ العقل من الناحية السلبية فهو يتحقق أيضا بكل ما يحفظ الذات، ولكن خص منها هنا ما يزيل هذا العقل أو يؤثر فيه، وهو الامتناع عن تناول ما حرمه الله من الخمر وكل المسكرات التى تؤثر فى تفكير العقل الإنسانى وبقائه سليما كما خلقه الله، لأن الإنسان بالعقل حمل مهمة المسئولية على هذه الحياة، وبه تميز عن الحيوان والجماد لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾(٣) وهذا التكريم إنما اختص الله به الإنسان لوجود هذا العقل المفكر فيه. قال تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾(٤) والأمانة هنا هى أمانة المسئولية وهى توحيد الله، وإقامة الدين لله خالصا، والدعوة إلى دينه سبحانه وتعالى بالحكمة والموعظة الحسنة، وذلك بمقتضى العقل البشرى الذى منحه الله للإنسان وبه كلفه بهذه المسئولية الدينية فى هذه الحياة(٥) .

وضوابط حفظ الإنسان لذاته هى ما يأتى :

١ ـ تحقيق خلافة الإنسان لهذه الحياة خلافة شرعية بفعل المأمورات والانتهاء عن المنهيات طبقا للأوامر والنواهى الشرعية.

---

(١) سورة الملك : ١٥ .
(٢) سورة الجمعة : ٩ .
(٣) سورة الإسراء : ٧٠ .
(٤) سورة الأحزاب : ٧٢ .
(٥) قال تعالى : ﴿ادْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [سورة النحل : ١٢٥]، وقال تعالى: ﴿وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ﴾ [سورة آل عمران: ١٥٩].

٢ ـ وجوب أن ينال الإنسان من الطعام والشراب ما لا بد منه لإحياء الذات الإنسانية بدون إسراف أو تقتير. لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾(١) .

٣ ـ وجوب البعد عن كل عمل يضعف النفس البشرية ويؤثر فى خلافتها المشروعة بطريق إيجابى أو سلبى، ولو كان ذلك فى المباحات من الطعام والشراب وغيرهما، أو فى العبادة بمعناها الخاص لحديث أنس أن نفرا من أصحاب رسول الله ـ ﷺ ـ قال بعضهم: لا أتزوج أبدا، وقال بعضهم: أصلى ولا أنام، وقال بعضهم: أصوم ولا أفطر. فبلغ ذلك النبى ـ ﷺ ـ فقال: «ما بال أقوام قالوا كذا وكذا، ولكنى أصوم وأفطر وأصلى وأنام وأتزوج النساء. فمن رغب عن سنتى فليس منى» متفق عليه.

٤ ـ العناية بالمظهر الخارجى للجسم، والحفاظ على سلامته وقوته وذلك بالرياضة، وغيرها من النظافة الواجبة وغير الواجبة، ومن الواجبة الطهارات الواجبة وهى تتحقق بالمشروع والمطلوب من طهارة كبرى أو صغرى للصلوات الواجبة والمكتوبة، كالغسل الواجب من كل موجباته من الرجل والمرأة، وكذا الغسل المسنون والطهارات المسنونة، ومن ذلك تجديد الوضوء لكل صلاة وغسل الجمعة والعيدين والإحرام لغير صاحب جنابة، أو موجب للغسل كالحيض والنفاس من المرأة، والغسل بعد الإيمان من الكفر. لقوله تعالى : ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾(٢) .

وأما ضوابط حفظ العقل فهى ما يأتى :

١ ـ وجوب مراعاة وتحقيق كل ما يحفظ النفس، لأن العقل هو جزء من النفس ولا يتحقق وجوده كاملا إلا بكمالها على ما سبق بيانه فى العقل إيجابا أو سلبا.

٢ ـ تنمية العقل بالعلوم المختلفة الدينية والدنيوية الواجب منها وغير الواجب

---

(١) سورة الإسراء : ٢٩.

(٢) سورة التوبة : ٢٨.

لقوله ﷺ : «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة»(١) ، وقوله تعالى : ﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ وَالْمَلائِكَةُ وَأُوْلُوا الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ ﴾(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ فَلَوْلا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ ﴾(٣) ، وقوله ﷺ : «فضل العالم على العابد كفضلى على أدناكم»(٤) .

٣ ـ الامتناع عن كل ما يضر العقل ضررا كليا أو جزئيا من حيث زواله بالكلية أو نقصانه ، وهذا لا يتحقق إلا بالامتناع عن تناول المحرمات والمسكرات والمفترات ، وهذا منصوص عليه لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ... ﴾(٥) . وقوله ﷺ : «كل مسكر حرام وكل خمر حرام»(٦) ، وقوله ﷺ فى جزاء من فعل ذلك : «كل من شرب خمرا فاجلدوه» .

وقد اتفق الفقهاء على عقوبة شارب الخمر ولكنهم اختلفوا فى مقدارها على مذاهب ثلاثة :

---

(١) حديث صحيح .
(٢) سورة آل عمران الآية ١٨ .
(٣) سورة التوبة : ١٢٢ .
(٤) حديث صحيح .
(٥) سورة المائدة : ٩٠ .
(٦) رواه مسلم كما فى نيل الأوطار ٨/ ١٦٩ ، والولاية على النفس للشاذلى ص ١٧ ، ورواه أبو داود والإمام أحمد كما فى المغنى ٨/ ٣٠٣ والحديث رواه ابن عمر ـ رضى الله عنه ـ كما فى المغنى ٨/ ٣٠٥ والمهذب ٢/ ٢٨٦ من رواية عمر عن النبى ـ ﷺ ـ أخرجه مسلم وغيره، والحديث متفق عليه كما فى المغنى ٨/ ٣٠٣، ٣٠٥ والمهذب ٢/ ٢٨٦، والمجموع شرح المهذب ٨/ ٣٤٨. وروى النعمان بن بشير ـ رضى الله عنه ـ أن النبى ـ ﷺ ـ قال : «إن من التمر لخمرا وإن من البر لخمرا وإن من الشعير لخمرا وإن من العسل لخمرا» (المهذب ٢/ ٢٨٦، والمجموع ٢٨/ ٣٥٠) . وروى سعد ابن معاذ ـ رضى الله عنه ـ أن النبى ـ ﷺ ـ قال: «أنهاكم عن قليل ما أسكر كثيره» (المرجع السابق والمجموع ١٨/ ٣٤١) وروت عائشة ـ رضى الله عنها ـ قالت : قال رسول الله ـ ﷺ ـ : «ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام» (المرجع السابق والمجموع ١٨٥/ ٣٢٨) والفرق هو مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا، والفرق بالسكون والفتح بالفاء مع الراء أى التحريك والجمع فرقان . (مختار الصحاح مادة فرق) .

الأول للجمهور : الحنفية والمالكية والحنابلة كما هى رواية أحمد الأولى فقالوا يجب جلده ثمانين[1] . لحديث أنس عن النبى - ﷺ - أتى شارب الخمر فجلده نحو أربعين. قال: ومثله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر، وضرب الأربعين بجريدتين هو ثمانون» رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه[2] . كما روى عن علىّ ـ رضى الله عنه ـ قوله فى حد السكران : «أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة». رواه الدار قطنى ومالك بمعناه كما فى نيل الأوطار ٧/ ١٥٢ . والمفترى هو القاذف. وحد القاذف ثمانون بلا خلاف للآية فى شأن القاذف: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً....﴾[3] . وبذلك يكون حجة القائلين بجلد الشارب ثمانين هو فعل النبى - ﷺ - بناء على أن النبى - ﷺ - ضرب الثمانين بجريدة مشقوقة نصفين للتخفيف وهى مع التفريق ثمانون فى العدد، ويحتمل ـ والله أعلم ـ السلامة أو التخفيف ويشهد لذلك ـ والله أعلم ـ قوله تعالى : ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِ وَلَا تَحْنَثْ....﴾[4] .

المذهب الثانى : للشافعية والظاهرية :

وهو أن حدّ شارب الخمر أربعون جلدة فقط لظاهر حديث أنس السابق، ولأنه كان فى عهد أبى بكر تنفيذا لنص الحديث، ولا يعقل أن يخالف أبو بكر النبى - ﷺ - وهو أقرب الناس إليه، وقالوا: إن ما فعله من جلده ثمانين هو اجتهاد فى تفسير النص يتعارض مع ظاهره، وعليه تحمل الزيادة من عمل بأنه التعزير فى العائد أو على التخويف للمنع[5] . ولكن قد يرد عليهم أى على الشافعية، فيقال لهم بأن عقوبة الحدود عقوبة حدية لا يجوز الاجتهاد فيها، وعقوبة شرب الخمر أو

---

(١) المغنى ٨/ ٣٠٧ والاختيار ٤/ ١٢٦ وحاشية الدسوقى ٤/ ٣٥٣.

(٢) نيل الأوطار ٧/ ١٤٦ .

(٣) وهى قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ سورة النور: ٤ .

(٤) سورة ص : ٤٤ .

(٥) السراج على المنهاج ص ٥٣٤ .

المسكر عقوبة حدية عند الشافعية، والعقوبات الحدية أدلتها سماعية ولا يجرى فيها القياس أو الاجتهاد. قال الشيرازى: ومن شرب مسكرا وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد، فإن كان حرا جلد أربعين جلدة، لما روى أبو ساتان قال: «لما شهد علىّ الوليد بن عقبة قال عثمان لعلىّ ـ رضى الله عنه ـ: دونك ابن عمك فاجلده، قال: قم يا حسن فاجلده، قال: فيم أنت وذاك؟ ولّ هذا غيرى. قال: ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت، فقال قم يا عبد الله بن جعفر فاجلده؛ فجلده وعلى ـ رضى الله عنه ـ يعد ذلك، فعد أربعين وقال: جلد رسول الله ـ ﷺ ـ فى الخمر أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنّة»(١).

وعن أبى سعيد قال: «جلد على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ فى الخمر بنعلين أربعين فلما كان زمن عمر جعل بدل كل نعل سوطا»(٢). رواه أحمد.. وفى رواية عن علىّ أنه أمر بجلد الشارب أربعين(٣). ويتوجه الجمع بين الروايتين عن علىّ بما رواه أبو جعفر بن علىّ أن أمير المؤمنين على بن أبى طالب جلد الوليد بسوط له طرفان. رواه الشافعى فى مسنده(٤).

المذهب الثالث: ليس هناك فى حد الخمر مقدار معين، بل عقوبته تعزيرية وهو لبعض الفقهاء، وهو مذهب أبى هريرة لما روى عنه أنه قال: «أتى النبى ـ ﷺ ـ برجل قد شرب فقال اضربوه، فقال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض القوم أخزاك الله، فقال: لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان». رواه أحمد والبخارى وأبو داود(٥). وهذا يدل على أنه لا يوجد مقدار معين فى حد الشارب؛ لأنه لم يثبت عدد الضربات فى هذا الحديث؛ فيدل على صحته بالقليل والكثير، وعلى هذا تكون عقوبة شارب الخمر عقوبة تعزيرية لا حدية على هذا المذهب، ولكن يجاب عن هذا المذهب بأن

---

(١) المهذب ٢/ ٢٨٦، ٢٨٧.

(٢) نيل الأوطار ٧/ ١٥١.

(٣) نيل الأوطار ٧/ ١٥٢.

(٤) نيل الأوطار ٧/ ١٥٢.

(٥) الولاية على النفس ص ١٨، والمجموع شرح المهذب ١٨/ ٣٥٠، ونيل الأوطار ٧/ ١٤٦ والمهذب ٢/ ٢٨٧.

الاستدلال فيه عام ومطلق. لأن الحديث الذى استدل به لم يتعرض فيه للعدد، والعام يقيده الخاص والمطلق يحمل على المقيد، وقد وجدت الأحاديث الصحيحة عند الإمكان عند تعارضها فى الظاهر أولى من إعمال البعض وإهمال البعض، ولذلك وجب المصير إليه عند علماء الترجيح فى الأدلة الشرعية إذا لم يثبت نسخ أحدهما للآخر.

وبذلك يترجح لدينا العمل بالمذهبين الأول والثانى على التخيير ـ والله أعلم ـ لسلامة أدلتهما معا من المعارض القوى، ولأن القول بذلك يجمع بين كل المذاهب الفقهية، ولا يخرج عن التفسير العلمى الصحيح؛ لأدلة الأحكام الشرعية فى هذا المقام الذى نحن فيه، وهو عقوبة شارب الخمر والمسكر.

فالعمل بالمذهب الأول وهو جلد ثمانين عند ظهور الهذيان من الشارب أو السكران لاحتمال أنه قد قذف، كما هو حديث علىّ، إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، وحد المفترى ثمانون، والعمل بالمذهب الثانى إذا شرب أو سكر ولم يهذ ولم يذهب عقله حيث جلد أربعين بجريدة أو جلدة مشقوقة، عملا بظاهر حديث النبى ـ ﷺ ـ لأن الحدود مبنية على التوقيف، وهذا لم يخرج عن النصوص لأن حد الهاذى والحكم على القاذف بالثمانين مع الهذيان ثمانون بالنص القرآنى لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً...﴾(1).

والهاذى قاذف فى الغالب والأحكام الشرعية مبنية على الأغلب عادة. وأيضا فإن الأربعين مشقوقة هى فى الحقيقة ثمانون فى الظاهر مع التفريق عند العدد ـ والله أعلم.

وقد ثبت أن الرسول ـ ﷺ ـ جلد شارب الخمر بنعلين: أربعين فمن جلد أربعين أخذ بأن النعلين سوط واحد، ومن جلد ثمانين جعل النعلين سوطين معا، وبتفريق الأربعين تصير ثمانين. وأما ما روى عن على من جلده ثمانين فقد روى عنه أيضا أنه جلد أربعين، وبذلك يكون كل من الأربعين والثمانين سُنَّة عن النبى ﷺ ـ أى سنَّة تشريعية.

(1) سورة النور: ٤.

٤ ـ من مظاهر المحافظة على العقل :

البعد عن التقليد والاعتماد على العقل فى الإدراك والتفكير والبحث والدراسة إلا لضرورة يقتضيها الحال أو المقام أخذا من قوله تعالى : ﴿قُلِ انظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ﴾(١) . وقوله تعالى في علم خلق الإنسان: ﴿وَفِي أَنفُسِكُمْ أَفَلا تُبْصِرُونَ﴾(٢) . وقوله تعالى: ﴿وَفِي الأَرْضِ آيَاتٌ لِّلْمُوقِنِينَ﴾(٣) . وقوله تعالى : ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾(٤) . وقوله سبحانه : ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لا يَعْلَمُونَ﴾(٥) .

وفى ذم الجهل والتقليد وعدم إعمال التفكير والعقل، قال تعالي : ﴿وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِّنَ الْجِنِّ وَالإِنسِ لَهُمْ قُلُوبٌ لاَّ يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لاَّ يُبْصِرُونَ بِهَا وَلَهُمْ آذَانٌ لاَّ يَسْمَعُونَ بِهَا أُوْلَئِكَ كَالأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُوْلَئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ﴾(٦) .

وقال تعالى: ﴿وَلا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً﴾(٧) .

وقال تعالى: ﴿قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَ لَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلا يَهْتَدُونَ﴾(٨) .

ثالثا : حفظ الإنسان لدينه :

ومن الولاية الذاتية على النفس حفظ الإنسان لدينه، وذلك يتحقق بأداء الأوامر والتكاليف الدينية والشرعية، كما أمر بها الله سبحانه وتعالى فى جانب الفعل أو

---

(١) سورة يونس : ١٠١ .
(٢) سورة الذاريات : ٢١.
(٣) سورة الذاريات : ٢٠.
(٤) سورة فاطر : ٢٨ .
(٥) سورة الزمر : ٩ .
(٦) سورة الأعراف : ١٧٩ .
(٧) سورة الإسراء : ٣٦ .
(٨) سورة البقرة : ١٧٠ .

الترك، وهذا قبل إحياء أمور العقائد والأخلاقيات بالأوامر الشرعية والواجبات والمنهيات الواردة بشأنها. وهى جميعا تتحقق فى أداء كل العبادات على وجهها الصحيح، وترك كل المنهيات منها والتخلق بكل الأخلاق الحميدة، والبعد عن كل الأخلاق الفاسدة والذميمة والمساوئ الضارة بذات الإنسان أو فى عقيدته أو فى خلقه. وما شرعت إليه من البداية وأنها لله خالصة والتى نص عليها الشارع وبين أحكامها تفصيلا الفقهاء إلا لإحياء هذا الجانب فى الإنسان. والعبادات الخاصة هى أركان الإسلام الخمس وهى: الشهادتان والصلاة والزكاة والحج والصيام فى رمضان، أما العبادة العامة فبها يتحقق الدين كاملا للإنسان فى هذه الحياة لقوله ﷺ: «الدين المعاملة» وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الإِسْلامُ﴾(١) ولهذا لا يتحقق الإسلام على وجهه الصحيح إلا بأداء المعاملة بين الناس كما أرادها الله فى كل مظاهر هذه الحياة. فى المعاملات الخاصة أو العامة المحلية أو الدولية أو العالمية. فالعلاقات الإنسانية لابد أن تحكمها قاعدة المعاملات الشرعية كما بينها الفقهاء(٢) وسورة لقمان جاءت مفصلة لكثير من الجوانب الأخلاقية التى يجب مراعاتها فى هذا المقام، ولابد من الرجوع إليها وإلى أقوال العلماء والمفسرين فيها ﴿... يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنكَرِ وَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ....﴾(٣).

وهذا يشمل كلية النسب وكلية العرض، ومن خلال حفظ الإنسان لنوعه بالنكاح المشروع؛ تتحقق كلية النسب، ومن خلال منع الاعتداء عليها بالزنى والقذف؛ يتحق حفظ النسب والعرض، وإن خصص الفقهاء عقوبة الزنى للمحافظة على النسب، وعقوبة القذف لصيانة الأعراض والمحافظة عليها.

وبذلك يتحقق حفظ الإنسان لنوعه بما يأتى:

١ ـ مشروعية النكاح والحث عليه من الشارع.

---

(١) سورة آل عمران: ١٩.

(٢) راجع هذه القاعدة بتفصيلها من كتاب الفقه الإسلامى فى المعاملات تأليف لجنة من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

وراجع لنا أيضا فى مفهوم العبادات العام والخاص كتابنا «العبادات فى الفقه الإسلامى» القسم الأول.

(٣) سورة لقمان: ١٧.

٢ ـ حماية الأنساب والمحافظة عليها بمشروعية حد الزنى .

٣ ـ حماية الأعراض وصيانتها من الاعتداء عليها بمشروعية حد القذف .

رابعا : حفظ الإنسان لنوعه ونسبه وعرضه :

وهذا يتحقق بالزواج والإنجاب بنكاح مشروع، كما بينه الله فى قوله تعالى : ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[١]، وقال تعالى : ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ....﴾[٢] . وكما فصله الفقهاء فى كل كتبهم على اختلاف مذاهبهم ولا تتحقق الخلافة المشروعة إلا بهذا الزواج الصحيح المؤدى إلى التكاثر النوعى بالإنجاب لقوله ﷺ : «تناكحوا تكاثروا فإنى أباه بكم الأمم يوم القيامة»، وقال ﷺ : «النكاح من سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى» متفق عليه من حديث عبادة[٣] . . وحفظ الإنسان لنوعه يتطلب منه ولاية التزويج والنكاح .

ولاية تزويج النفس

هذه الولاية من حيث أحكامها الشرعية تختلف من حيث وجودها أو عدمها، ومن حيث تمامها بعد وجودها أو قصرها، حسب المراحل البشرية التى يمر بها الإنسان فى حياته من الناحية التكليفية فى الشريعة الإسلامية، حسبما بينه وفصله الفقهاء . وقد قسم الفقهاء هذه المراحل إلى ثلاث :

الأولى : من ميلاد الإنسان إلى سن التمييز .

الثانية : من سن التمييز إلى مرحلة البلوغ .

---

(١) سورة الروم : ٢١ .

(٢) سورة النحل : ٧٢.

(٣) شرح الزركشى ٥/٦.

الثالثة : من سن البلوغ إلى مرحلة الوفاة .

والمرحلة الأولى : تنعدم فيها ولاية التزويج للنفس أو للغير بلا خلاف بين الفقهاء، فليس لغير المميز ولاية على نفسه فى الزواج ذكرا كان أو أنثى، وهى من حيث التحديد تبدأ بالولادة وتنتهى بإتمام خمس سنوات قمرية بلا خلاف، أو سبع مع الخلاف، وهو مذهب جمهور الفقهاء.

المرحلة الثانية : مرحلة سن التمييز :

للفقهاء فى ولاية التزويج للنفس فى هذه السن خلاف، بعضهم يرى أنه لا تتحقق مع هذه السن ولاية الزواج للنفس مع الذكر والأنثى ولو مع إذن الولى أو القاضى، والبعض الآخر تتحقق ولاية التزويج مع الصغير المميز بإذن الولى ولا تتحقق مع الصغيرة ولو بإذن، لاشتراط ولاية الذكورة فى النكاح مع الصغيرة غير البالغة لحديث «لا نكاح إلا بولى»، رواه أبو موسى الأشعرى عن النبى - ﷺ - ورواه الخمسة إلا النسائى، وأحمد فى المسند ٤/ ٣٩٤، ٤١٣، وحاشية أبى داود ١٥/ ٢٠، والترمذى ٤/ ٢٢٦، وابن ماجه ١٨٨١، والدارمى ٢/ ١٣٧[1] . المراد به الولى الذكر، والذكورة القاصرة مع الصغير يكملها ويحدها إذن الولى له؛ لتحقق أصل الولاية معه بتحقق الذكورة، ولأن له نوع عقل وتمييز تصح معه العبادات وبعض التصرفات، وقصوره أحيانا يجبره ويصححه رعاية الولى له وإذنه بالمباشرة، ومذهب الشافعية ومن وافقهم عدم صحة هذه الولاية ولا ينعقد بها الزواج ولو مع الإذن، والذى حققه ابن قدامة فى مذهب الحنابلة: أنه لا يصح ولاية تزويج الصغير مطلقا حيث قال: إن البلوغ ظاهر شرط فى المذهب الحنبلى لقول أحمد: لا يزوج الغلام حتى يحتلم. ليس له أمر، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثورى والشافعى وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور[2] وقد حقق ابن

---

(١) شرح الزركشى ٥/ ٨ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ٧/ ٣٥٦، والولاية على النفس ص ٢٧، وشرح الزركشى ٥/ ٨ ومغنى المحتاج ٣/ ١٤٧ وحاشية الدسوقى ٢/ ٢٢٠.

قدامة أن الفقهاء لم يختلفوا فى عدم صحة زواج الصبى وولايته زواج نفسه قبل تمام بلوغ عشر سنوات. ولكنهم اختلفوا فيمن بلغ هذه السن مميزا .

الأولى للحنفية : ورواية عن الإمام أحمد أنه إذا بلغ عشرا؛ زوج الصبى وتزوج وطلق وأجيزت وكالته فى الطلاق؛ لأنه يصح بيعه ووصيته فى طلاقه؛ فتثبت له الولاية فى النكاح كالبالغ(١) .

والثانى : لجمهور الفقهاء ومنهم مالك، وهو الذى اختاره أبو بكر وصححه فى المذهب الحنبلى أنه لا تصح ولايته لا لنفسه ولا لغيره من باب أولى، لأنه لم يبلغ سن التكليف، والنكاح يتعلق بأحكامه تكاليف مالية وشخصية، وهو ليس من أهلها وفاقد الشيء لا يعطيه، والنكاح كالعبادة بل هو عبادة من حيث العمل؛ لأن أغلب أحكامه العملية سماعية ولا اجتهاد فيها، لأنها وردت على السماع كالعبادات من صلاة وزكاة وحج وصيام. ولحديث رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ(٢) .

ولأن الصبى مشمول بولاية غيره لقصوره فى عقله وبيعه أى عقده مع الإذن ليس بيعا عند الجمهور، بل إنما العقد يتحقق مع إذن الولى وإرادته، فيكون تمام الإيجاب من حين إذن الولى لا من حين إذن الصبى فى البيع. ولهذا رجح مذهب الجمهور.

المرحلة الثالثة : فى ولاية النكاح : مرحلة البلوغ :

وهى مرحلة البلوغ الطبيعى أو بالسن وللفقهاء فى البلوغ بالسن من حيث تحديدها مذاهب :

١ـ جمهور الفقهاء إذا بلغ خمسة عشر عاما قمرية ومعهم أبو يوسف ومحمد(٣) .

---

(١) المغنى والشرح ٧/ ٣٥٦، وشرح الزركشي ٥/ ١١، والمغنى ٦/ ٤٤٩، والاختيار ٣/ ١٢٨ .

(٢) وهو حديث صحيح رواه البخارى وغيره وتمامه : رفع القلم عن ثلاث : عن الصغير حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يتيقن، وعن النائم حتى يستيقظ.

(٣) مغنى المحتاج ٢/ ١٦٦ .

٢ ـ الحنفية إذا بلغ ثمانية عشر للذكر وسبعة عشر للأنثى[١] .

٣ ـ المالكية إذا بلغ ثمانية عشر للذكر والأنثى .

ودليل جمهور الفقهاء : حديث ابن عمر ـ رضى الله عنه ـ «عرضت على النبى ـ ﷺ ـ وأنا ابن أربع عشرة سنة فردنى وعرضت عليه فى السنة الثانية فأجازنى» وفى رواية ابن عمر التى رواها ابن حبان وأصله فى الصحيحين قال : « عرضت على النبى ـ ﷺ ـ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ولم يرنى بلغت، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى، ورآنى بلغت» ، والمراد بقول ابن عمر وأنا ابن أربع عشرة سنة أى طعنت فيها ، وقوله وأنا ابن خمس عشرة سنة أى استكملتها لأن غزوة أحد كانت فى شوال سنة ثلاث ، والخندق فى جمادى سنة خمس[٢] .

وروى الشافعى: أن النبى ـ ﷺ ـ رد سبعة عشر من الصحابة وهم أبناء أربع عشرة ، لأنه لم يروهم بلغوا ، ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة فأجازهم منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر[٣] ، ولأن غالب البلوغ يتم فى هذه السن[٤] .

واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾[٥] وقد فسرها ابن عباس بثمانى عشرة سنة وهى أقل ما قيل فيه ، فأخذنا به احتياطا فى أشد الصبى . فأما الصبية فأشدها سبع عشرة سنة لأنها أسرع بلوغا وأدنى سن يصدق فيها الكلام بالبلوغ الطبيعى ١٢ سنة والجارية تسع وقبل[٦] .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن هذه المرحلة للرجل بها ولاية التزويج على النفس كاملة ، لأن هذه السن سن التكليف فى كل الأحكام الشرعية ، فيما يتعلق

---

(١) الفقه الإسلامى ص ١٣٣ .

(٢) مغنى المحتاج ٢/ ١٦٦ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الاختيار ٢/ ١٣١ ومغنى المحتاج ٢/ ١٦٦ رواه ابن حبان ، وغيره ، وهو فى الصحيحين كما قال الخطيب .

(٥) سورة الأنعام : ١٥٢ .

(٦) الاختيار ٢/ ١٣١ ، ١٣٢ .

بالواجبات والالتزامات الدينية من صلاة وزكاة وحج وصيام ومعاملات مالية فيها التزامات شرعية، والنكاح عبادة ومعاملة، وهذه الولاية تثبت للنفس كما تثبت للغير؛ إذا كان ذكرا بلا خلاف، ولكن تثبت الولاية الخاصة بالزواج فى هذه المرحلة للمرأة البالغة العاقلة مع الخلاف.

آراء الفقهاء فى ولاية المرأة البالغة العاقلة فى النكاح وفى تزويج نفسها

اختلف الفقهاء فى ولاية المرأة لنفسها فى عقد زواجها بعبارتها وتوكيلها فى زواج غيرها إذا كانت بالغة عاقلة على ثلاثة مذاهب:

الأول: لا يجوز ولا يصح ولايتها عقد نكاح نفسها أو غيرها بنفسها، لا فى الإيجاب ولا فى القبول، حيث لا يصح العقد بعبارتها، فإن عقدته كان النكاح باطلا لبطلان عقده، وللمرأة مهرها إن دخل الزوج بها لما استحل من فرجها وذلك لتفويت البضع على المرأة.

وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية والظاهرية والأباضية، ورواية عن أبى يوسف صاحب أبى حنيفة(١).

المذهب الثانى: للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها، ويكون زواجها صحيحا نافذا ولازما؛ إذا كان الزوج كفئا وبمهر المثل، ولا يتوقف صحة الزواج على إذن وليها، وهذا مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فى ظاهر الرواية، ومحمد بن الحسن فيما روى عنه فى آخر حياته، وهو مذهب الإمامية الاثنى عشرية(٢). وهى رواية عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ قال الزركشى: «حكى طائفة من الأصحاب عن

---

(١) العدة رشح العدة ص ٣٦١ وشرح الزركشى ٥/ ٨ وما بعدها، والشرح الصغير ١/ ٣٢٧، ومغنى المحتاج ٣/ ١٤٧ والتاج المذهب، وسائل الأحوال الشخصية للمؤلف، والمغنى لابن قدامة ٦/ ٤٤٩، والهداية ١/ ١٤٢.

(٢) الاختيار ٣/ ١٥٢، والهداية ١/ ١٤٢، والروضة البهية ٢/ ٨٠، والمختصر النافع ص ١٧٠.

أحمد رواية بعدم اشتراط الولى مطلقا، وأبو محمد خص الرواية بحال العذر، كما إذا عدم الولى والسلطان، واختلف فى مأخذ الرواية، فابن عقيل أخذها من قول أحمد فى دهقان القرية. يزوج من لا ولى لها إذا احتاط لها فى المهر والكفء وغلطه أبو العباس فى ذلك، قلت: لأن دهقان القرية هو كبيرها فهو بمنزلة حاكمها والقائم بأمرها، وأخذها ابن أبى موسى من رواية أن المرأة تزوج أمَتَها ومعتقها، وهذا النقل ذكره أبو محمد فى كتابه القاضى ولفظه: قال فى دهقان القرية: يزوج المرأة إذا لم يكن فى الرستاق قاض، إذا احتاط لها فى الكفء والمهر(١) .

المذهب الثالث : وهو قول محمد بن الحسن، والمشهور عنه فى المذهب: أن العقد الذى تعقده المرأة لنفسها فى زواجها موقوف على إذن وليها، وكذا لو عقده وليها بدون إذنها يكون موقوفا صحته على إذنها، فإن أذن كل منهما صح العقد وإلا أى إذا تخلف فى العقد إذن أحدهما ظهر أن العقد انعقد غير صحيح من الأصل، فيجب الحكم بفساده وإبطاله. ويحرم به الدخول ويفرق بينهما بعد الدخول، ولها المهر بما استحل من فرجها(٢) .

الأدلــة

استدل الجمهور أصحاب المذهب الأول بالقرآن والسُّنَّة وعمل الصحابة.

أما القرآن فقوله تعالى : ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾(٣) . وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾(٤) . وقوله تعالى: ﴿وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾(٥) .

---

(١) شرح الزركشى ٥/ ١١، والكافى ٢/ ٦٤٤، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣٢/ ٣٥ وما بعدها.
(٢) الهداية ١/ ١٤٢.
(٣) سورة البقرة : ٢٣٢.
(٤) سورة النور : ٣٢.
(٥) سورة البقرة: ٢٢١.

ومن السنة حديث أبى موسى : أن النبى - ﷺ - قال «لا نكاح إلا بولى»[1] وحديث عائشة - رضى الله عنها - عن النبى - ﷺ - : «أى امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[2] ، كما استدلوا بحديث أبى هريرة - رضى الله عنه - عن النبى - ﷺ - قال : «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها»[3] .

توجيه أدلة الجمهور

وقد وجه الجمهور أدلتهم على النحو التالى :

أولا : فى استدلالهم بنصوص القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ... ﴾[4] قالوا إن الله خاطب الأولياء فحذرهم من عضل النساء، والعضل هو منعهن من الزواج . فلو كان أمر زواج النساء إلى غير أوليائهن لما كان هناك معنى لنهى الأولياء عن شيء لا يملكون من إتيانه . وهذا لا يتصور فى حقه تعالى؛ فثبت أن النهى ورد على حق مملوك لهم، وقد أضاف الله سبحانه فى شأن النكاح الزواج إلى الأولياء حيث قال تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ.... ﴾[5] . وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا[6] الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذى، كما حكاه الشاذلى فى الولاية ص ٣٦، والزركشى على الخرقى ٥/ ٨.

(٢) الولاية على النفس ص ٣١، وما بعدها، ومسائل الأحوال الشخصية فى الأمور الزوجية لنا ص ٨١ وما بعدها، وشرح الزركشى ٥/ ٩ .

(٣) رواه الدار قطنى ص ٨٤، ونيل الأوطار ٦/ ١١٩ .

(٤) سورة البقرة : ٢٣٢ .

(٥) سورة النور : ٣٢ .

(٦) أى لا تتزوجهن حال إشراكهن .

تُنكِحُوا[1] الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾[2] أى لا تتزوجوا النساء المشركات ولا تزوجوا بناتكم من المشركين .

ثانيا : فى استدلالهم من السنة فى حديث «لا نكاح إلا بولى» قالوا إن النهى إما أن يوجه إلى الذات الشرعية ، وهذا هو الاستعمال الحقيقى ، لأن الذات الموجودة هى صورة العقد بدون ولى ليست بشرعية ؛ فيكون العقد غير منعقد أصلا من وجهة نظر الشارع أى لا يوجد عقد شرعى ، وإن وجد فى الخارج أى فى غير نظر الشارع ؛ لأن العقد قد استوفى أركانه الأساسية ، وهى الصيغة ، وأهلية المتعاقدين ، وخلو محل العقد من الموانع الشرعية بالنسبة للصورة والواقع طبقا للنظرية العامة للعقود الرضائية فى الشريعة الإسلامية ، وإما أن يتوجه النهى إلى الصحة . أى لا نكاح صحيح إلا بولى ، وإما أن يتوجه النهى إلى الكمال أى لا نكاح كامل إلا بولى ، وتقديره على نفى الصحة هو أقرب المجازين إلى الذات نفسها ، أى ذات العقد فى الظاهر فيكون النكاح بغير ولى غير صحيح ، أى باطل لأن الفاسد والباطل فى نظر الشارع سواء ، ويشهد لذلك حديث عائشة ـ رضى الله عنها ـ بنصه وهو : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[3] .

ويؤيد ذلك أيضا عمل الصحابة والتابعين ، ومن الصحابة عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبى هريرة وعائشة ـ رضى الله عنهم ـ حيث أبطلوا النكاح بغير ولى .

وقد روى عن الشعبى من التابعين قوله : ما كان أحد من أصحاب النبى ـ ﷺ ـ أشد فى النكاح بغير ولى من علىّ . كان يضرب فيه[4] أى يجعله جناية توجب العقوبة التعزيرية .

---

(١) أى لا تزوجوا بناتكم من المشركين .

(٢) سورة البقرة : ٢٢١ .

(٣) رواه البخارى ومسلم .

(٤) رواه الدار قطنى .

أدلة المذهب الثانى[1]

وقد استدل أصحاب المذهب الثانى، وهو مذهب أبى حنيفة [والإمامية] على صحة عقد النكاح بعبارة المرأة وولايتها الخاصة، إذا كانت بالغة عاقلة بشرط أن يكون الزوج كفئا وبمهر المثل بالكتاب والسنة والقياس. أما الكتاب فمنه قوله تعالى فى شأن من طلقها طلقتين : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[2].

ويقوله تعالى: فى شأن من مات عنها زوجها : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[3] .

وأما السنة : فمنها حديث ابن عباس، أن فتاة جاءت إلى النبى - ﷺ - فقالت: يا نبى الله إن أبى زوجنى من ابن أخ له ليرفع بى خسيسته وأنا له كارهة فقال لها : أجيزى ما صنع أبوك، فقالت لا رغبة لى فيما صنع أبى: قال: فاذهبى فانكحى من شئت؟ فقالت: لا رغبة لى عما صنع أبى يا رسول الله ولكنى أردت أن أعلّم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شىء[4] والمعنى أى لا رغبة لى فى مخالفة أبى فيما صنعه بى ونكاحه لى من ابن عمى يا رسول الله لأن ذلك قد يؤذيه، وأنا لا أحب مخالفته وعصيانه، ولما أمرنا به الله ورسوله بطاعة الوالدين فى كل حال إلا فى معصية لله سبحانه أو شرك به.

---

(١) راجع هذه الأدلة بالتفصيل من كتابنا مسائل الأحوال الشخصية فى الأمور الزوجية ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٤ .

(٤) الشوكانى ونيل الأوطار ٦/ ١٢١ . وقد رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والدار قطنى عن ابن عباس بلفظ ابن جارية بكرا أتيت النبى فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة «الحديث» والولاية على النفس ص ٣٤.

كما استدلوا بحديث خنساء بنت خذام الأنصارية، أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ـ ﷺ ـ فرد نكاحها[1] .

توجيه أدلة المذهب الثانى

وقد وجه أصحاب هذا المذهب أدلتهم بقولهم: إن الله سبحانه وتعالى قد أضاف النكاح إليهم فى الآية، حيث أضاف الضمير فى النكاح إليهم فى قوله سبحانه: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[2] . ونهى عن منعهن عنه، لأنه خالص حق المرأة وهى من أهل المباشرة للعقود فى الجملة؛ فصح عنها عقد النكاح كما يصح منها عقد بيع مالها بلا خلاف وكذا بيع أمتها فلها نكاحها بلفظها، ولأن عقد النكاح عقد على خالص منافعها المتعلقة بالعقد من مهر ونفقة واستمتاع ودخول، وهذه أمور لا يشاركها فيها أحد إلا الزوج، فكان الحق لها وله؛ فصح منها معه الإيجاب والقبول، وهذا هو صورة العقد وركنه الأصلى وهو الصيغة[3] .

وقالوا فى توجيه قوله تعالى: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[4] إن الله سبحانه وتعالى أضاف النكاح والفعل إلى النساء، وذلك يدل صراحة على صحة عبارتهن ونفاذها فى عقد النكاح؛ لأنه سبحانه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال حيث لم يذكر معهن غيرهن، والمرأة إذا زوجت نفسها من كفء وبمهر المثل؛ فقد فعلت فى نفسها بالمعروف؛ فلا جناح على الأولياء فى ذلك[5] .

---

(١) أخرجه البخارى وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه وأحمد بن حنبل، وأشار إليه صاحب الولاية على النفس ص ٣٥، وفى كتابنا مسائل الأحوال ص ٨١ وشرح الزركشى على الخرقى ٥/ ٨ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٢ .

(٣) سبل السلام ٣/ ١١٧ ونيل الأوطار ٦/ ١١٩، وبدائع الصنائع ٣/ ١١٢٤، ٦/ ٤٤٩، والاختيار ٣/ ١٢٨ ومباحث فقهية فى مسائل الأحوال الشخصية لنا ص ٨٠ .

(٤) سورة البقرة: ٢٣٤ .

(٥) الاختيار ٣/ ١٢٩ .

وأما الاستدلال من حديث ابن عباس، وهو أن فتاة زوجها أبوها وهى كارهة؛ فقال لها أنكحى من شئت فمن وجوه، أولها : أن النبى - ﷺ - فى قوله: «فاذهبى فأنكحى من شئت» قد أضاف النكاح إليها على سبيل الاستقلال. وثانيهما: أنه - ﷺ - : لم ينكر على هذه المرأة ما قالته له فعلم أن هذا الحكم ثابت لها إذ لم يكن ثابتا لها لما سكت عنه، وثالثها : إن قوله: أجيزى ما صنع أبوك: يدل على أن عقده عليها غير نافذ(١) .

وأما حديث خنساء أن أباها زوجها وهى ثيب، فكرهت ذلك، فرد نكاحها، فهو يدل صراحة على أن أمر زواج المرأة إلى نفسها لا إلى وليها، لأنه لو كان إلى وليها لما رد الرسول - ﷺ - نكاحها(٢) .

ويشهد لذلك حديث ابن عباس عن النبى - ﷺ - : «الأيم أحق بنفسها من وليها. والبكر تستأمر فى نفسها وإذنها صماتها»(٣) والأيم هى التى لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، وقد دل الحديث بنصه على أن التى لا زوج لها هى أحق بتزويج نفسها من وليها . وإذا كانت المرأة أحق بنفسها من وليها فى أمر زواجها، فإن تزويجها نفسها من زوج كفء وبمهر المثل، يكون صحيحا نافذا لازما، وليس للولى حق الاعتراض عليه .

وأما توجيه الثانى فى صحة عقدها على صحة تصرفها المالى، فإنهم قالوا: إنه إذا كان للمرأة ولاية التصرف فى مالها فأولى أن تكون لها ولاية تزويج نفسها، مادام هذا التصرف لا يلحق ضررا بغيرها، وهم الأولياء. وقد جعلنا لهم حق الاعتراض عند تزويجها نفسها من غير كفء أو بمهر أقل من مهر المثل، لأنه قد يكون فيه ضرر بالأولياء، والضرر يزال بإعطاء الأولياء حق الاعتراض على هذا الزواج.

والقواعد العامة والخاصة بالعقود الشرعية وأحكامها وآثارها تشهد لذلك؛ لأن لعقد النكاح مقاصد شرعية أغلبها يرجع إلى الزوجين لا يشاركهما فيها أحد.

---

(١) الولاية على النفس ص ٣٤ ، ٣٥ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٥ .
(٣) الولاية على النفس ص ٣٥ .

ولذلك سميت أحكامها بمسائل الأحوال الشخصية، والزوجة فيما يتعلق بحقها فى هذه المقاصد أولى الناس وأدرى بمصلحتها فيها من وليها، فقدمت على غيرها فى هذا تطبيقا للأحكام الشرعية وللقواعد الخاصة والعامة التى تحكمها، وهذا لا يتحقق إلا إذا جعلنا ولاية الزواج لها أولا قبل غيرها[١] .

أدلة المذهب الثالث وتوجيهها

استدل الإمام محمد بن الحسن على أن عقد نكاح الحرة البالغة العاقلة بنفسها موقوف على إذن وليها؛ إن أجازه صح العقد وإن لم يجزه ظهر أن العقد الذى انعقد غير صحيح إذا لم يكن عاضلا لها؛ فإن كان عاضلا لها، رجع الأمر إلى الحاكم إن أجازه صح وإن لم يجزه بطل. بأدلة الجمهور إلا أنه جعله موقوفا على الإجازة، نظرا إلى أحاديث الفريق الثانى التى استدل بها أبو حنيفة، والتى تجعل للمرأة أن تزوج نفسها، ورعاية لأهليتها فى العقود المالية، ولأهليتها للعقود مطلقا لأنها أهل للتصرف فى الأحكام والعقود، ولأنها مكلفة كالرجل تماما. وتوقف الأمر على الولى فى زواجها يرجع إلى الأحاديث التى تجعل تزويج المرأة إلى الأولياء ، فيتوقف العقد على إجازته، ويرتد برده توفيقا بين الأدلة وجمعا لها معا.

ويشهد لذلك حديث ابن عباس والذى ورد فيه أن الزواج من الولى بغير إذن الزوجة موقوف على إذنها لأنه قال فيه النبى - ﷺ - للمرأة: «أجيزى ما صنع أبوك»، وهذا صريح فى أن صحة العقد متوقفة على إجازتها. ولهذا وجب التوفيق بين الأدلة[٢] .

---

(١) المرجع السابق ص ٣٦، ومباحث الأحوال الشخصية لنا ص ٨١ .

(٢) الولاية على النفس ص ٤٠ وما بعدها، والمغنى ٦/ ٤٥٠، وفتح القدير ٢/ ٣٩١ وسبل السلام ٣/ ١١٧، ونيل الأوطار ٦/ ١١٩، والمحلى ٩/ ٤٥٥، وتفسير القرطبى ٣/ ٧٢ .

مناقشة أدلة الجمهور من المخالفين لهم والرد عليهم

الاعتراض الأول من الحنفية :

نوقش الجمهور فى حيث عائشة ـ رضى الله عنها ـ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل . . » بأن مداره على الزهرى، وقد عرض على الزهرى فأنكره فيسقط الاستدلال به.

وأما حديث عائشة ـ رضى الله عنها ـ الثانى «لا نكاح إلا بولى»[1] فهو إما أن يكون ضعيفا لأن عائشة ـ رضى الله عنها ـ عملت بخلافه حيث زوجت بنت أخيها عبد الرحمن فى غيبته، وتولت هى بنفسها عقد الزواج عند حضور الزوج الكفء، ولم يبطل أخوها هذا الزواج مع إنكاره عليها وغضبه الشديد لذلك، ولا يصح أن تفعل ما هو غير صحيح شرعا، وخاصة إذا كانت هى التى ردت دليل عدم الصحة؛ فدل عملها وعدم إبطال هذا العمل لمن له الحق فيه أصلا على صحة عقد زواج المرأة البالغة العاقلة بنفسها، وعلى ضعف حديث عدم الصحة أو على نسخ حكمه بالأحاديث المجيزة أو يحمل على غير البالغة، وغير العاقلة، لأنه لا يصح العقد منها بلا خلاف، أو يحمل على الأمَة لأن ولاية الأمَة لسيدها لا لنفسها بالاتفاق، ويشهد لذلك فى بعض روايات الحديث: «أيما أمة نكحت نفسها بغير إذن وليها»، حيث يحمل المطلق على المقيد للجمع بين الروايتين، أو يرجح بينهما، ورواية الأمَة أرجح لأنها لا تعارض القياس ولا طعن فيها بلا خلاف، بخلاف رواية المرأة التى تكلم فيها، فقد روى عن أبى العباس المروزى أنه

---

(١) وقد روى من طريق آخر عن أبى موسى الأشعرى أن النبى ـ ﷺ ـ قال: «لا نكاح إلا بولى» رواه الخمسة وصححه ابن المدين وقال الموذى: سألت أحمد ويحيى عن حديث «لا نكاح إلا بولى» فقالا صحيح. وهذا الحديث يدل على الحقيقة الشرعية نفسها لحديث عائشة عن النبى ـ ﷺ ـ : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» الحديث، رواه أحمد وغيره، كشاف القناع ٤٩/٥ وما بعدها وقال فيه رواه أحمد والترمذى وصححه.

قال: سمعت يحيى بن معين يقول ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبى - ﷺ - «كل مسكر حرام» ، «ومن مس ذكره فليتوضأ»، «ولا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل»[1] ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهواية[2] .

وقال ابن الهمام: فى حديث «لا نكاح إلا بولى» إنه مضطرب فى إسناده لأنه جاء موصولا ومنقطعا ومرسلا . وعلى فرض وصله فإنه يكون حسنا ويقدم عليه من هو أصح منه؛ إذا كان معارضا له كحديث الثيب أحق بنفسها من وليها[3] .

جواب الجمهور عن هذه الاعتراضات ومناقشتها والرد عليها :

وقد أجاب الجمهور على اعتراض الحنفية فى الاستدلال بحديث لا نكاح إلا بولى: بقولهم: إنه حديث صحيح وقد روى عن غير طريق عائشة ــ رضى الله عنها ـ وهو طريق أبو موسى الأشعرى وقد رواه الخمسة وسئل عنه أحمد بن حنبل فقال: إنه صحيح، كما أجابوا على اعتراض الحنفية فى الاستدلال بحديث عائشة ـ رضى الله عنها ــ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» ، بأنه صحيح كما قال الترمذى[4]، وأما الجواب عن قولهم: بأن حديث لا نكاح إلا بولى معارض بأحاديث أخرى لا تجيز عقد النكاح بغير إذنها وأنها أحق به من غيرها ومن وليها، فقد قالوا: بأن ذلك يكون صحيحا لو لم يمكن الجمع بينها؛ لأن أحاديث الولاية خاصة بالرجال، وأحاديث الإذن خاصة بالنساء، وأنها أحق بنفسها فى هذا الإذن من وليها، وإن كانت ثيبا فلا يكفى سكوتها، بل لابد من إذنها بالقول صراحة، وبذلك تكون أحاديث الولاية خاصة بالرجال، وأحاديث الإذن خاصة بإذن النساء وولاية الاختيار وولاية الإجبار المتصلة بعقد النكاح عليهن[5] .

---

(١) ذكره البيهقى فى كشاف القناع وقال رواه الخلال، الكشاف ٥/ ٧٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٣/ ١٢٦٩، والاختيار ٣/ ٣٠ وما بعدها، وفتح القدير ٢/ ٢٩٤ .

(٣) فتح القدير ٢/ ٢٩٤ ومسائل الأحوال الشخصية لنا ص ٨٧ .

(٤) كشاف القناع ٥/ ٤٩ .

(٥) مسائل الأحوال الشخصية ص ٨٧ .

الاعتراض الثانى على أدلة الجمهور من الحنفية :

اعترض الأحناف على استدلال الجمهور بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ..... ﴾[1] على أن النكاح بدون ولى غير صحيح بأن حديث معقل الذى استند إليه الجمهور فى تفسير هذه الآية غير ثابت على مذهب أهل النقل؛ لأن فى سنده رجلا مجهولا وهذا الجهل يضعف الحديث. ورواية الحسن البصرى لهذا الحديث غير متصلة فهى مرسلة، وعلى فرض صحة الحديث واتصاله، فإنه لا ينفى ولاية المرأة لعقد النكاح، لأن معقل قد عضل أخته عن النكاح فنهاه الله عن هذا العضل[2] فبطل حقه فيه، وإذا بطل عضلها ثبت أن الحق فى النكاح إليها، وظاهر الآية يدل على أن الخطاب للأزواج لا للأولياء، لأن الآية فى ظاهرها تدل على منع الرجال من عضل أزواجهن بعد طلاقهن وانتهاء عدتهن من النكاح من غيرهم؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[3]، والخطاب فى الآية لمن طلق وهو الزوج، ويكون المعنى هو النهى عن عضلها عن الزواج بعد انتهاء عدتها أو قبلها إذا راجعها فى نهاية عدتها بقصد الإضرار بها للتطويل عليها فى عدتها، ويشهد لذلك قوله تعالى : ﴿ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾[4] كما قال بذلك القرطبى فى تفسيره[5].

جواب الجمهور عن هذا الاعتراض الثانى :

وقد أجاب الجمهور على الأحناف فى الاعتراض على الاستدلال على حديث معقل بن يسار بأنه جاء فى سبب نزول قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾، حيث عضل معقل بن يسار أخته عن الزواج بمن طلقها وهى ترغب فى نكاحه بأنه منقطع أو مرسل. أجاب الجمهور على ذلك : بأن

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٢ .

(٢) وذلك فى قوله تعالى : ﴿ولا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٢ .

(٤) سورة البقرة : ٢٣١ .

(٥) تفسير القرطبى ٣/ ١٥٨ .

الحديث روى عن طريق البخارى متصلا، وأن معقل بن يسار حدث الحسن البصرى بأنها نزلت فيه؛ وبهذا يندفع الاعتراض بصحة الحديث ووصله ورفعه إلى النبى - ﷺ - ، كما قال الحافظ ابن حجر فى شرحه على البخارى[1] .

أما الرد على الأحناف فى قولهم : بأنه لو ثبت صحة الحديث، فإنه لا يدل على منع نكاح المرأة لنفسها؛ لأن الحديث يدل على أن معقلا قد عضلها، وأنه نهى عن ذلك، وأن الحق رجع إليها وذلك جمعا بين الأدلة. فيرد عليهم فى ذلك بأن الجمع غير ممكن لأنه يعارض نص حديث النبى - ﷺ - الذى ثبت صحته وهو قوله - ﷺ - «لا نكاح بغير ولى» والولى هو الرجل لحديث عائشة - رضى الله عنها - «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو باطل» خاطب وولى وشاهدان وعند الدار قطنى من حديث عائشة - رضى الله عنها - مرفوعا «لابد فى النكاح من أربعة : الولى والزوج والشاهدين»[2] ولحديث عائشة - رضى الله عنها - «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل» الحديث رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه[3] والذى يدل على أن الولى هو الذى يعقد للمرأة أنه لما نزلت الآية فى معقل وقرأها النبى - ﷺ - امتثل معقل لأمر الله وقال : الآن أفعل يا رسول الله وزوجها. وكفر عن يمينه كما فى فتح البارى[4] ولو كان النبى - ﷺ - قد فهم من الآية أنه لا يجوز لأخت معقل أن تنكح نفسها؛ لأمرها بذلك بعد نزول الآية، ولأبان لأخيها معقل أنه لا ولاية له عليها ولما حنث فى يمينه ولما كفر عنه[5] .

وأما الرد على القول بأن ظاهر الآية يدل على أن الخطاب موجه للأزواج لا للأولياء؛ فهو سبب نزول الآية وهو حديث معقل بن يسار الذى دل على أنه كان السبب فى نزول الآية ، كما قال علماء الحديث والتفسير[6] .

---

(١) فتح البارى ٩/ ١٤٧ .
(٢) كشاف القناع ٥/ ٧٠ .
(٣) كشاف القناع ٥/ ٥٠ .
(٤) فتح البارى ٩/ ١٤٨ .
(٥) سبل السلام ٣/ ١٢٠ .
(٦) المرجع السابق .

الاعتراض الثالث على أدلة الجمهور :

اعترض على الجمهور فى استدلالهم بحديث أبى هريرة : لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها . . . الحديث بأمور :

الأول : إن النهى فيه محمول على الكراهة ، لأن عقد النكاح يحضره كثير من الرجال ، والمرأة منهية عن مجالسة الرجال لأنها بمجالستهم ومخاطبتهم ؛ تنسب إلى الوقاحة كما فى الهداية ١/ ١٤٢ .

والثانى : إن الحديث موقوف على أبى هريرة[1] ولفظ الدار قطنى فى رواية الحديث عن أبى هريرة صريح فى ذلك فقد جاء فيه : **«وكنا نقول : إن التى تزوج نفسها هى الفاجرة»**[2] .

والثالث : إن ظاهر الحديث متعارض مع ما أجمع عليه المسلمون ، من أن تزويج المرأة لنفسها لا يعد زنى إذا دخل بها الزوج ، لأن الجمهور يعتبرونه نكاحا فاسدا يجب به المهر والعدة ويثبت به النسب إن حصل منه ولد[3] .

جواب الجمهور على الاعتراض الثالث :

وقد أجاب الجمهور عن هذا الاعتراض بما يأتى :

أولا : فى قولهم إن النهى يقتضى الكراهة لا الفساد ممنوع ، لأن الأصل فى النهى يدل على التحريم ولا دليل هنا يدل على الكراهة والحمل على التحريم يدل عليه كثير من الأحاديث الدالة صراحة على ذلك ومنها حديث **«لا نكاح إلا بولى»** وحديث **«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»** .

ثانيا : قولهم بأن حديث **«لا تزوج المرأة نفسها»** موقوف على أبى هريرة مردود ؛ لأن الحديث ثبت وصله إلى النبى - ﷺ - بطرق أخرى عن طريق أبى هريرة ،

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٦٧ ، ونيل الأوطار ٦/ ١١٩ .

(٢) مستند الدار قطنى ص ٣٨٤ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٦٧ .

وهى رواية الدار قطنى بسنده عن أبى هريرة عن النبى - ﷺ - بلفظ : قال رسول الله - ﷺ -: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها»[1].

وثالثا: يجاب عن اعتراض الحنفية بقولهم إن ظاهر حديث أبى هريرة متعارض مع ما أجمع عليه جمهور الفقهاء من أن التى تنكح نفسها ليست بزانية ، يجاب عن ذلك : بأن الصحابة عندما قالوا ذلك : كما ثبت من حديث أبى هريرة قد أرادوا التشبيه فقط ، لأن كلا منهما تسلم نفسها لرجل من غير الولى وإذنه ، وإن كانا يفترقان من حيث الحكم بدليل أنهم حكموا بفساد العقد عند الخلاف وحكم الحاكم به ، ولا حدّ عليها بلا خلاف لشبهة العقد لحديث «ادرءوا الحدود بالشبهات»[2] .

الترجيح والاختيار

والذى نرجحه ونختاره للعمل والفتوى والحكم والقضاء هو مذهب جمهور الفقهاء؛ لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض القوى الذى يؤثر فى مفهوم دلالتها ، ولأن العمل بمذهب الجمهور يجمع بين الأدلة التى ثبت صحتها فى هذا الباب ، بخلاف أدلة المعارضين للجمهور؛ لأن العمل بموجبها ينفى الأحكام الصحيحة الثابتة بالأحاديث الصحيحة؛ وهذا لا يجوز شرعا ولا يقر بأى حال عند جميع الفقهاء؛ ولهذا وجب المصير إلى العمل بمذهب الجمهور منعا لشبهة رد العمل بسنة النبى - ﷺ - الصحيحة فى أى استدلال . والله أعلم.

ولأن العمل بمذهب الجمهور يحافظ على كرامة المرأة، ولا ينفى حقها فى الإذن بنكاحها بمن ترضاه وتختاره زوجا لها ، لأن صحة عقد النكاح بلا خلاف متوقفة على هذا الإذن صراحة أو دلالة ، والرجال دائما هم أدرى وأعلم بمصالح النساء فى أمور الزواج من أنفسهن؛ لمخالطة الرجال بعضهم لبعض كثيرا ، ومعرفتهم بكثير مما يخفى على النساء لحيائهن غالبا وكثرة خداعهن لبعدهن عن مجالسة الرجال عادة،

---

(١) سنن الدار قطنى، والسنن الكبرى للبيهقى ٧/ ١١٠ .

(٢) مسائل الأحوال الشخصية ص ٩٤ .

إلا فى الضرورات التى تقتضيها طبيعة الحياة فى المعاملات التى لا تجد المرأة لمن ينوب عنها فيها، والضرورة تقدر بقدرها.

فكون العقد فى النكاح أصلا للولى بعد إذن المرأة إنما يتفق مع العقل والعرف الصحيح والشرع[1] ، وهذا ما ذهب إليه ابن قدامة فى الترجيح[2] ، ويؤيد هذا الترجيح ما رواه الدار قطنى والبيهقى عن جابر بن عبدالله ـ رضى الله عنهما ـ أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال : «ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم»[3] . وقد استدل الحنفية بهذا الحديث لمذهبهم فى مقدار أقل المهر، فهو صحيح عندهم، وعليه فهو حجة عليهم فى اشتراط الولى فى النكاح؛ لأن صدر الحديث صريح فى ذلك، ويؤيده بقية الأحاديث الأخرى الواردة فى هذا الباب، والتى سبق ذكرها، وقد ذكر الحديث هنا فى هذا المقام فقط لبيان ضعف أدلة الحنفية؛ لأن الحديث الذى يقيد المهر بأن أقله عشرة دراهم اعترض عليه بأنه ضعيف لا يصح الاستدلال به؛ لأنه رواية مبشر بن عبيد، وهو ضعيف، عن الحجاج بن أرطأة، وهو مُدَلِّس[4] .

ثانيا
الولاية المتعدية (غير الذاتية)

تمهيد : الولاية غير الذاتة هى الولاية المتعدية، وهى تشمل النفس والمال، وهى فى كلٍّ إما أن تكون كاملة، وإما أن تكون قاصرة.

وقد شرعت هذه الولاية لحفظ نفس الغير الذى لا يقدر على حفظه نفسه؛ إما لضعفه وعجزه أو لزوال عقله وعدم إدراكه؛ لأن ذات الإنسان ونوعه مصونة فى

(١) كشاف القناع ٥/ ٥٠، ومسائل الأحوال الشخصية ص ٩٤ وما بعدها .
(٢) المغنى ٦/ ٤٥٠ .
(٣) السنن الكبرى للبيهقى ٧/ ١٣٢ .
(٤) نصب الراية لأحاديث الهداية للزينى ٣/ ١٩٦ .

جميع الأحوال لتحقيق أصل الخلافة ونوعها إلى أن يشاء الله ، وكذلك حفظ مالهما إن كان لهما مال لأن النفس لا تحيا غالبا بدون مال، وجنس المال وجنس الإنسان تتحقق الخلافة بهما معا وتتم بتمامهما .

أولا : الولاية المتعدية على نفس الغير :

هذه الولاية تندرج حسب تدرج مراحل الإنسان التى هو فى حاجة إليها ، بدءا من أول مراحل تكوينه فى هذه الحياة جنينا فى بطن أمه إلى أول مرحلة تمامه ونضجه العقلى، وهى مرحلة البلوغ ؛ إن توافر العقل، وإلى ما بعد البلوغ إن قصر العقل بجنون أو عته أو غير ذلك .

والإنسان الذى يحتاج إلى هذه الولاية فى كل مراحله هو فى أشد الحاجة إلى من يقوم بها ويتولاها عنه لصالحه ، بمقتضى قانون الغريزة الإنسانية والطبيعية البشرية ونظم الشريعة الإسلامية ، التى تعمل على صيانة هذه القوانين الطبيعية ورعايتها رعاية كاملة ، لتحقيق الهدف المنشود والمشروع لها فى هذه الحياة ، ولهذا فسوف نتكلم عن جميع المراحل التى تمر بالإنسان قبل ولادته ، وعن الولاية الشرعية اللازمة لذلك، ومن صاحب الحق فيها بدءا من كونه جنينا فى بطن أمه إلى ما قبل البلوغ عاقلا ، وكذا ما بعده عند عدم اكتماله أو زواله ، وسوف نقسم الولاية بالنسبة لهذه المرحلة كلها إلى ثلاثة أنواع :

الأول : الولاية على الجنين ـ وهى تشمل ولاية الرجال والنساء معا .

الثانى : الولاية على الطفل غير المميز ومن فى حكمه كالمجنون والمعتوه ، وهى ما تعرف بمرحلة الحضانة أو ولاية النساء .

الثالث : الولاية على الصبى المميز ومن فى حكمه ، وهى تتعلق أصلا بولاية الرجال .

وهذه الولايات الثلاثة لها صلة مباشرة بأهلية الأداء بالنسبة للولى ، وأهلية الوجوب الكاملة أو الناقصة بالنسبة للمولى عليه .

النوع الأول من الولايات المتعدية

ولاية الجنين والطفل ومن في حكمه

وحقوقهما الشرعية وولاية الإنفاق الخاصة

المبحث الأول

ولايـة الجـنين

تعريف الجنين:

الجنين هو الحمل فى بطن أمه، وهو مأخوذ من أصله اللغوى، وهو الاستتار لأن الجنين مستتر فى بطن الأم، ومن هنا جاء لفظ الجن لاستتاره عن الناس، ولهذا قيل فى الليل إذا أظلم «جن» أى جنّ الليل أى استتر ظلامه، والجنين إن خرج حيا سمى ولدا أى مولودا، وإن خرج ميتا سمى سقطا.

أما الجنين عند الفقهاء:

فهو ما خفى من المرأة فى بطنها، إذا لم تشعر به يتحرك فيها، فإن شعرت به سمى حملا أو محمولا على الغير أو محمولا به أو منه، ولا مانع عندهم من حمل أحد المعنيين على الآخر شرعا؛ لترتب الأحكام الشرعية على تحقق حمل المرأة من زوجها، من حقوق وواجبات والتزامات، بالنسبة لطرفى العلاقة الزوجية وغيرهما، وذلك لأن للجنين بالنسبة للغير أهلية وجوب، وإن كانت قاصرة عند بعض الفقهاء، ولذلك تثبت له الحقوق الشرعية كالميراث والوقف والوصية، ويحرم الاعتداء عليه بدون ضرورة شرعية عند تحقق وجوده وحياته ولعدم تحقق حياته قبل تمام ولادته حيا، فقد كانت له حياة مقدرة صالحة لتمام الانفصال والاستقلال فى المستقبل، ولهذا حرم الاعتداء عليه من الغير ولو كان من أحد الأبوين، بدون سبب مشروع يعد رخصة فى التعدى على حقوقه المقدرة له أصلا من الشارع الإسلامى، ولهذا ثبت أن حق النسب وحرم نفيه. وشرعت له العدة لمنع اختلاط الأنساب ولعدم ضياع نسبه، ومنعت الزوجة من التزوج بالغير فى فترة

العدة لهذا السبب، ووجبت رعايته والإنفاق على أمه فى مدة حملها وعدتها زوجة أو مطلقة، وقد راعى الشارع الحكيم المحافظة على حقوق الحمل وإن نشأ من طريق غير مشروع، لأن حقوق الحمل تتعلق به وتخصه أصلا لأن حقوقه تتصل بحق الله ـ سبحانه وتعالى ـ وهو المحافظة على أصل الإنسان وذاته ونوعه بما يحقق الخلافة المشروعة لله تعالى وعبادته فى هذه الحياة وحمل التكاليف الشرعية من الله بواسطة الأنبياء والرسل ـ عليهم الصلاة والسلام ـ ويشهد بذلك حديث الغامدية التى حملت من الزنا واعترفت به واستحقت الحكم بالرجم، فقد ترك النبى ـ ﷺ ـ الحد عليها لحين ولادتها وإرضاعها له حتى الفطام، وقد ثبت من الأحاديث الصحيحة وأن ولاية إرضاعها لابنها من الزنى استمرت حتى أكل الابن الخبز ففى حديث الغامدية عن النبى ـ ﷺ ـ أن الغامدية لما اعترفت بالزنى واستحقت الرجم، قال لها النبى ـ ﷺ ـ : اذهبى حتى تلدى، فلما ولدته أتت به فى خرقة فقالت : هذا قد ولدته قال : اذهبى فارضعيه حتى تفطميه، فلما فطمته أتته بالصبى فى يده كسرة خبز فقالت : يا رسول الله قد فطمته وقد أكل الطعام. فدفع الصبى إلى رجل من المسلمين ونفذ فيها الحد(١) .

ولهذا أجمع الفقهاء على وجوب تأخير الحد عن الحامل حتى تضع مولودها ويستغنى بغيرها عنها أو مرور حولين على ولادتها، وكذلك تأخير القصاص عليها لهذا السبب كل حد يوجب الفورية والإضرار بالجنين، كحد القذف أو القطع فيجب تأخيره بلا خلاف لنفس العلة والسبب(٢) .

وقد قضى رسول الله ـ ﷺ ـ : «أن الحامل إذا قتلت عمدا لا تقتل حتى تضع ما فى بطنها وحتى يكفل ولدها» ذكره ابن ماجه فى سننه كما حكاه ابن القيم(٣) .

ضابط الولاية على الجنين :

والضابط العام الذى يجب مراعاته عند القيام بهذه الولاية هو : مراعاة كل ما فيه

---

(١) صحيح مسلم باب الحدود، مسلم بشرح النووى ١١/ ٢٠٣، زاد المعاد ٣/ ٢٠٦، ومغنى المحتاج ٤/ ١٥٤، الولاية على النفس ص ٥٦ .

(٢) مغنى المحتاج ٤/ ٤٣ .

(٣) زاد المعاد ٣/ ٢٠٤ .

صالح الجنين وحفظه ورعايته حتى تمام ميلاده حيا، والامتناع عن كل ما يؤدى إلى ضرره جزئيا أو كليا، سواء كانت الولاية خاصة أو عامة، وذلك يشمل ولاية الأم والأب، كما يشمل ولاية الغير بمفهومها العام[1] ومنها ولاية الحكم والحسبة.

الولاية الخاصة على الجنين:

المراد بالولاية الخاصة هى ولاية الأبوين على الجنين بالحفظ والرعاية والحنان، حتى يخرج إلى الحياة إنسانا كاملا مهيأ لتحمل التكاليف الشرعية على أكمل وجه، كما أمر بها الله وشرعها.

ولذلك وجب عليهما شرعا بمقتضى هذه الولاية كل عمل إيجابى يؤدى إلى تحقيق ذلك، والامتناع عن كل عمل يؤدى إلى الإخلال بهذه الولاية أو بالحقوق المترتبة عليها، والإضرار بالجنين من أى طريق كان، ولكن نظرا لأن الجنين يمر بعدة مراحل متمايزة بعضها عن بعض حتى تمام الولادة، فقد تكلم الفقهاء عن أثر الاعتداء على كل مرحلة منها، وحكمها الشرعى، وذلك تحت مسمى إسقاط الجنين أو الحمل والأحكام المترتبة عليها شرعا، وسوف تفصل أقوال الفقهاء فى ذلك على النحو التالى:

المرحلة الأولى للجنين:

وهى التى لم يصل فيها عمر الجنين إلى أربعين يوما، وفى هذه المرحلة يتم تكوين الجنين ويتشكل شكلا غير كامل يظهر فيها نهاية الرأس وبعض نتوءات لعينين[2].

وللفقهاء فى إسقاط الجنين أو التعدى عليه فى هذه المرحلة بدون عذر شرعى قولان:

القول الأول: لجمهور فقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية والإمامية والإباضية والراجح عند الحنفية وجمهور الشافعية.

---

(١) نيل الأوطار ٧/ ١١٢، والولاية على النفس ص ٥٧.

(٢) الولاية على النفس ص ٥٩.

وهو أن إسقاط الجنين أو التعدى عليه حرام ولا يجوز ذلك لأنه كائن حى وهو أصل الإنسان المستخلف فى الأرض وإباحة منعه بالإسقاط دون عذر شرعى يؤدى إلى التأثير فى قطع النسل وهو محرم بالإجماع ويشهد لذلك قوله تعالى : ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ ۝ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾[1] ، وبالقياس على تحريم أكل بيض طائر الحرم محرم فقد روى عن النبى - ﷺ - أنه أتى ببيض النعام فقال: «إنا قوم حرم أطعموه أهل الحل» رواه أحمد[2] .

وبيض النعام أصل النعام، وقد حرم صيد النعام بالإجماع وكذا غيره لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ.... ﴾[3] .

القول الثانى : لبعض الحنفية والشافعية والزيدية وهو أن إسقاط الجنين فى هذه المرحلة جائز برضاء الأب والأم، ولم نجد لهم دليلا يستندون عليه فى ذلك، ولعلهم نظروا إلى أن إنسانيته لم تكتمل بعد، نظرا لعدم تمام تكوينه العضوى ولأن الروح التى بها تظهر حياة الإنسان لم توجد فى هذه المرحلة فهو فى نظرهم كالمادة أو أحد أعضاء المرأة التى يمكن الاستغناء عنه[4] .

الترجيح :

والذى نراه راجحا هو مذهب الجمهور، لقوة أدلتهم وظهورها فى الدلالة، ولأن الجنين هو أصل الإنسان، ويشمله قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ...﴾[5] .

وإذا حرم بالنص الاعتداء على النفس حرم الاعتداء على أصلها بطريق العموم ومفهوم الموافقة، لأن تحقق وجود الإنسان فى هذه الحياة التى ورد النص من أجل

---

(١) سورة التكوير : ٨، ٩ .

(٢) نيل الأوطار ٥/ ٢٣ ، والولاية على النفس ص ٦٠ .

(٣) سورة المائدة : ٩٥ .

(٤) راجع الولاية على النفس ص ٥٩ وما بعدها.

(٥) سورة الأنعام : ١٥١ .

حمايته والمحافظة عليه لا يتحقق إلا بوجود هذا الجنين ورعايته، حتى يخرج إلى الحياة إنسانا سويا .

ويؤيد ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِن سُلالَةٍ مِّن طِينٍ (١٢) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ (١٣) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴾[١] .

وروى مسلم بسنده عن عبدالله بن مسعود أن رسول الله - ﷺ - قال : «إن أحدكم يجمع خلقة فى بطن أمه أربعين يوما ثم يكون فى ذلك علقة مثل ذلك ثم يكون فى ذلك مضغة مثل ذلك ثم يرسل الله الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات: يكتب رزقه وأجله وعمله وشقى أو سعيد» ذكره صاحب الولاية على النفس[٢] .

المرحلة الثانية للجنين :

وتبدأ من بلوغه أربعين يوما إلى ما قبل تمام مائة وعشرين يوما، والجنين فى هذه المرحلة يتم تكوين قلبه ولكن لا ينفخ فيه الروح، وإسقاطه فى هذه المرحلة أو التعدى عليه يحرم من باب أولى بلا خلاف بين جمهور الفقهاء، بل يكاد يكون الإجماع قائما على التحريم، ولا عبرة بخلاف بعض الزيدية فى ذلك أى بالجواز عند الاتفاق على الإسقاط من الأم أو الأب قياسا على المرحلة الأولى، لأن الروح لم تنفخ فيه بعد، فلا يسمى إنسانا. وذلك لأن الأدلة التى سبق ذكرها فى المرحلة الأولى للجمهور تشهد لهذه المرحلة من باب أولى، وترد على المخالفين لهم فى إباحة الإسقاط فى هذه المرحلة عند موافقة الأبوين معا[٣] .

---

(١) سورة المؤمنون : ١٢ - ١٤ ، والحج : ٥ .

(٢) انظر الولاية على النفس ص ٥٨ للدكتور حسن الشاذلى .

(٣) انظر تفسير القرطبى ١٢/١٠٧ ، ١٠٨ ، والتاج المذهب ٢/٧٨ ، ٤/٢٩٨ ، الولاية على النفس ص٦٢ وما بعدها .

المرحلة الثالثة للجنين :

وهى تبدأ من بلوغ الجنين تمام (١٢٠) مائة وعشرين يوما وإلى ما قبل ولادته حيا، وفى هذه المرحلة ينفخ فيه الروح لإخبار النبى - ﷺ - بذلك كما عند مسلم، وفى هذه المرحلة طبيا تتكامل كل أعضاء الجنين ويشعر بالأم وتشعر به الأم وبحركته، وفيها تنفخ فيه الروح ويصبح الحمل كامل الإنسانية جسما وروحا، وإن كان يطلق عليها قبل الولادة حملا؛ لأن تمام ولادته حيا واستمرارها لما بعد الولادة فى علم الله - سبحانه وتعالى - فكان الحكم الطبى والشرعى بناء على الواقع والحال التى عليها الجنين أو الحمل وهو فى رحم أمه قبل الولادة المنفصلة، وفى هذه المرحلة الإجماع قائم بمقتضى النصوص الشرعية على أنه لا يجوز الاعتداء على الجنين فى هذه المرحلة، ولا إسقاطه بأى حال إلا بعذر شرعى يجيز ذلك، يحدده الشرع بناء على شهادة أهل الخبرة من الأطباء العدول فى هذا المقام، ويحكم ذلك كله النصوص العامة والخاصة والقواعد الشرعية المتعلقة بذلك وفيها: إذا تعارض ضرران فيجب ارتكاب أخفهما ضررا إذا كان لابد منه، وهذا يحدث فى الضرورات الشرعية التى تجوز بشروطها الشرعية، والضرورات تقدر بقدرها ولا يقاس عليها بالإجماع(١) .

العذر المبيح لإسقاط الحمل :

والعذر المبيح لإسقاط الحمل شرعا من أمثلته الخوف على حياة الأم من بقاء حملها فى بطنها، بل إن قدر أهل الخبرة الطبية العدول أن استمرار الحمل خطر مؤكد من الناحية الطبية على حياة الأم، وأنه لا بديل لاستمرار حياتها إلا بإسقاطه؛ فيجوز شرعا التضحية بالحمل لإحياء الأم، وذلك من باب إهدار الفرع فى سبيل بقاء الأصل والمحافظة على استمراره من باب التضحية بالجزء فى سبيل إبقاء الكل، وهذه قاعدة شرعية عامة راعاها الشارع فى كل أحكامه، ومنها عدم قتل الوالد بولده قصاصا لحديث : «لا يقاد والد بولده» .

---

(١) الولاية على النفس ص ٦٣ وما بعدها ، وقاعدة المعاملات الشرعية للباحث من الفقه الإسلامى فى المعاملات، تأليف لجنة من أساتذة كلية الشريعة جامعة الأزهر .

ومنها قطع الجزء المريض من الإنسان الذى فى بقائه خطر على حياته لإحياء النفس وبقية الكل وهذا لا خلاف فيه .

ومن هذه الأعذار عند الحنفية أن يجف لبن الحامل المرضع ، ولا يجد الرضيع بديلا عن لبن الأم حقيقة أو حكما ، وليس لأم الرضيع أو وليه الشرعى قدرة للحصول على البديل من الناحية المادية ، حيث يجوز عند الأحناف التضحية بالحمل لإبقاء الأخ الرضيع الحى ؛ لأن الحمل غير مؤكد الحياة بعد الولادة ، والرضيع مؤكد الحياة فيقدم اليقين على الاحتمال ، أو الظن ، لأنه إذا تعارض الشك واليقين عمل باليقين بلا خلاف عند الفقهاء . وهذه صورة نادرة وأصبحت من الناحية الواقعية فى العصر الحاضر لا يعمل بها ؛ نظرا لتوافر البديل من الألبان الطبيعية وغيرها والأغذية الصناعية ، التى تحل محل رضاعة الأم من الناحية المادية لجميع الوجوه ، ولأن الفقر فى حد ذاته لا يعتبر وسيلة أو سببا لإسقاط الحمل لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا ﴾[1] .

والولد يشمل الحمل الذى له روح لأنه كائن حى يحس ويتحرك ويشعر بالأم وتشعر به الأم ، فلا خلاف من الناحية الشرعية والطبية ، ولأن نفقة الإنسان عند العجز عنها من الولى أو القريب تجب على الدولة فى بيت مال المسلمين من سهم الفقراء والمحتاجين ، وعلى الأجنبى البعيد على سبيل الوجوب الكفائى ؛ إن عجز بيت المال عن الإنفاق على الأفراد ، وعلى هذا لا يعتبر الخوف من الفقر ولا الخوف من كثرة النسل ولا الخوف من العار إن كان الحمل أنثى أو كان من طريق غير شرعى سببا شرعيا لإسقاط الحمل بلا خلاف بين الفقهاء ، لأن الاعتداء على الجنين بغير عذر شرعى يعد جناية يعاقب من يرتكبها شرعا للنص القاطع فى ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ[2] سُئِلَتْ ﴿٨﴾ بِأَيِّ ذَنبٍ قُتِلَتْ ﴾[3] ، ولأن جمهور الفقهاء

---

(١) سورة الإسراء : ٣١ ، وفى سورة الأنعام الآية ١٥١ ما يؤكد ذلك وهو قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُم مِّنْ إِمْلَاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾ .

(٢) وهى النفس الصغيرة البريئة المقتولة بغير ذنب جنته أو ارتكبته .

(٣) سورة التكوير : ٨ ، ٩ .

أوجبوا فى إسقاط الحمل دية وهى الغرة[1] التى أوجبها له الشارع وهى نصف عشر الدية الكاملة، وذلك لما روى المغيرة بن شعبة أن امرأة ضربتها ضرتها بعمود فسطاط فقتلها وهى حبلى فأتى بها إلى النبى - ﷺ - فقضى فيها على عصبة القاتلة بالدية وفى الجنين غرة[2] .

موقف التشريعات الوضعية من قضية إجهاض الجنين أو إسقاط الحمل :

هذا وقد اتجهت التشريعات الوضعية إلى الأخذ بوجهة نظر الشريعة الإسلامية فى ذلك، حيث اعتبرت كل تشريعات العالم تقريبا أن الاعتداء على الجنين الحى جريمة يعاقب عليها القانون، ولو كان المعتدى عليه أبا أو أما أو من ذوى الخبرة كالأطباء ومن فى حكمهم، وسمحت هذه القوانين الوضعية فى حالات استثنائية بإباحته فى الحالات الضرورية التى تتطلبها، وأغلبها يرجع إلى حماية الأم من الموت إن كان نزول الجنين غير مكتمل سببا فى حياتها ، وقد نص القانون الجنائى المصرى فى مادته ٢٦٠ ع على أن كل من أسقط امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة، كما نص فى المادة ٢٦١ ع على أن كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها سواء كان برضائها أم لا ، يعاقب بالحبس.

كما نصت المادة رقم ٢٦٣ ع على أنه : «إذا كان المسقط طبيبا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة، وبذلك أخذ قانون الخبراء الكويتى من حيث الحكم العام فى المواد ١٧٤ ، ١٧٦[3] .

---

(١) وهى عبد أو أمة قيمته خمس من الإبل= وتساوى نصف عشر الدية .

(٢) رواه مسلم وأحمد، وانظر الولاية على النفس ص ٦٧ ، ومسلم بشرح النووى ١١/ ١٧٥ وما بعدها.

(٣) الولاية على النفس، المرجع السابق ص ٦٧ .

المبحث الثانى

الولاية الشرعية على الطفل ومن فى حكمه

تمهيـــــد :

الولاية الشرعية على الطفل ومن فى حكمه لا تتحقق إلا مع الولاية المتعدية، وهى الولاية غير الذاتية، وذلك لأن الطفل فى مرحلته الأولى وبخاصة التى تتصل بالحضانة والإرضاع يكون فى سن لا يميز فيه الطفل تمييز العقلاء بالإجماع، ويعتمد فى مصالحه وحاجاته الشخصية والضرورية على غيره بلا تفرقة بين الذكر والأنثى من الأبناء، ولا يتصور أن يعتمد الطفل فى هذه المرحلة على نفسه اعتمادا كليا يعتد به شرعا فى كل أمور حياته، ولهذا كان غير مكلف فى نظر الشارع فى حق نفسه وكان غيره شرعا هو الذى يقوم مقام نفسه فى كل ما يتعلق به بالولاية الشرعية، وهى مع الطفل للأب والأم، ومع غير الطفل ممن هو فى حكمه كالمجنون لهم أو لغيرهم من الأولياء أو القوام، وولاية الأم الشرعية للطفل فى هذه المرحلة تسمى ولاية حضانة، وولاية الأب تسمى ولاية حفظ ورعاية، وهى مع النفس فقط تسمى ولاية على النفس، ومع المال فقط تسمى ولاية مالية، ومعهما معا تسمى ولاية على النفس والمال معا، ولا يتصور وجودهما معا بالنسبة للطفل، إلا لمن له مال خاص به بطريق من طرق التملك الشرعية، سواء حصل له من طريق الأبوين أو من طريق غيرهما، ويمكن تحققه مع الأم فيما أخذته من الأب لحق الاتفاق على الطفل وحفظه ورعايته فى الطعام والشراب والكساء والمسكن وقبضته قبضا شرعيا، حيث تحقق لها الولاية على

النفس والمال معا فيما قبضته لهذا الفرض، وإن كان الغالب فى هذه المرحلة أن للأم ولاية الإرضاع والحضانة أى الولاية على النفس، وللأب ولاية المال أى الإنفاق والحفظ والرعاية، وتسمى ولاية الإرضاع والحضانة ولاية النساء، وولاية الإنفاق والحفظ والرعاية ولاية الرجال، وولاية النساء مقدمة فى الترتيب فى هذه المرحلة على ولاية الرجال نظرا للواقع المادى المحسوس؛ لأن الطفل فى هذه المرحلة بالنسبة للأم أو من يحل محلها كالعضو منها لا يستغنى عنها بأى حال فى كل أموره غالبا، وسوف نبين حق النساء فى هذه الولاية ونطاقها وحدودها وشروطها ضمن الكلام عن الحضانة.

المطلب الأول

الحضـــانة

الحضانة فى اللغة والاصطلاح :

الحضانة فى اللغة هى الضم مطلقا، أى ضم النفس إلى النفس أو الشىء إلى الشىء والتصاقه أو السيطرة عليه ماديا أو معنويا، وهو مأخوذ من الفعل حضن أى ضم، وهو أى الفعل حضن بفتح الحاء يدل على الاحتضان والحفظ والرعاية يقال حضنت المرأة طفلها إذا ضمته إليها وألصقته بصدرها، وحضن الطائر بيضه إذا ضمه تحت جناحه، وهذا المعنى العام للحضانة يتحقق مع الإنسان والحيوان، والحضن بكسر الحاء ما دون الإبط إلى الكشح بفتح الكاف وسكون الشين، والكشح هو ما بين الخاصرة إلى الضلع من الخلف، وهذا يشمل كل ما وضع فى هذا المكان بقصد الحضانة أو بغيرها، وهو مأخوذ من وضع الشىء تحت الإبط[١] .

الحضانة عند الفقهاء :

والحضانة عند الفقهاء هى: سلطة شرعية تخول من له الحق فيها حفظ وتربية من لا يستقل بأمور نفسه، فى ذاته وطعامه وشرابه وكسائه وسكنه، ودفع ما يضره فى كل ما سبق بشروط مخصوصة، وللفقهاء فى ذلك تعريفات مختلفة فى الصياغة وإن اتفقت جميعا من حيث المضمون والهدف الذى صيغت من أجله.

فقد عرفها الحنفية بأنها «تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره فى سن معينة ممن له الحق فى الحضانة» .

---

(١) لسان العرب، ومختار الصحاح مادة (حضن). والإقناع للشافعية ٢/ ١٤٨ .

وعرفها المالكية: بأنها حفظ الولد فى تربيته ومؤنته وطعامه ولباسه وتنظيف جسمه.

وعرفها الشافعية: بأنها «تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ودفع ما يضره».

وعرفها الحنابلة: بأنها «حفظ صغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل ما يصلحه».

ويلاحظ أن تعريف الحنفية والمالكية اقتصر على تعريف الحضانة بمعناها الخاص، وهو حضانة الطفل والولد، وأما الشافعية والحنابلة فقد كان تعريفهم للحضانة أعم، حيث شمل الطفل ومن فى حكمه كالمجنون الذى لا يقدر على القيام بمصالح نفسه، ولهذا فنحن نرجح تعريف أحد هذين المذهبين لعمومه وشموله ويتفق الزيدية والإمامية مع الشافعية والحنابلة، ويتفق الأباضية مع الحنفية والمالكية[1]. وقد عرفناها فى أول الكلام بما يشمل كل تعريفات الفقهاء بمعناها العام أو الخاص.

(١) ابن عابدين ٢/ ٥٦ ، والشرح الصغير ١/ ٤٥١، ونهاية المحتاج ٧/ ٢١١٤، والإقناع للشافعية ٢/ ١٤٨، والروض المربع ٢/ ٣٢٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٦٣، والتاج المذهب ٣/ ٢٦٧، وشرح النيل ٧/ ٤٠٧، والروضة البهية فى فقه الإمامية / ١٤٠ .

المطلب الثانى

تكييف الحق الشرعى فى الحضانة عند الفقهاء

لا خلاف بين الفقهاء على أن الحضانة حق شرعى مقرر لمن له الحق فيه، على من يجب عليه رعايته وحفظه والعناية به كالطفل ومن فى حكمه، وأنه لا يجوز الإخلال بحق الحضانة ولا بما يتعلق بها فى جانب المحضون بأى حال؛ لأنه عاجز عن رعاية نفسه، وتركه من جميع من لهم حق الولاية عليه إهلاك له، وذلك منهى عنه شرعا بالنصوص القاطعة والخاصة، ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾(١)، وقوله: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾(٢)، وقوله: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾(٣).

ولكن الخلاف بين الفقهاء فى تكييف هذا الحق فيها، هل هو حق لله أو حق للعبد، أو هو حق مشترك بين الله والعبد، على أربعة أقوال:

القـــول الأول:

إنها حق لله تعالى لأنها شرعت لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله تعالى وهذا رأى للأباضية(٤).

وعلى ذلك إذا أسقطها الحاضن عن نفسه فلا تسقط إلا بعذر شرعى؛ لأنها

---

(١) سورة البقرة: ١٩٥.

(٢) سورة الإسراء: ٣٣.

(٣) سورة النساء: ٢٩.

(٤) شرح النيل ٢٠٦/٧.

ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الإلزام لا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع، كسلطة الحكم والقضاء إذا تعينت حتى لا تضيع الحقوق بين الناس وتحفظ النفوس والأموال.

القول الثانى :

إن الحضانة حق للمحضون، وهو لبعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية(١) وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور والحسن بن صالح، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾(٢).

ووجه الدلالة من الآية : أن الله تعالى ألزم الوالدات برضاعة أولادهن مدة الرضاعة الكاملة، وهى حولان إذا طلبها ولى الرضيع لمصلحته لأنها حقه، ولا غنى له عنها لأنه بها نماء ذاته ونفسه وتركها مضر به، وقد يهلك. الولى حل محل الرضيع فى طلب حقه لأنه يعجز عن طلبها بنفسه؛ فكان لوليه سلطة الإلزام بها شرعا ممن وجبت عليه وهى الأم.

وهذا القول يتفق مع الأول من حيث أثر الحكم المتعلق بالحضانة، وهو أنه لا يجوز إسقاطها عن الحاضن وإن كانت حقا للمحضون، لأن الآية تدل على ذلك بطريق الإلزام؛ لأنها قد أقرت بذلك والأمر يقتضى الوجوب، وإن جاء الوجوب فيها بطريق الإخبار وهذا ألزم فى الوجوب وعليه لا يصح إسقاط الحضانة فى الحاضنة بإرادته، حيث يجبره عليها صاحب الحق فيها شرعا(٣)، لأن الحق فيها يعود إلى الله تعالى، لأن الصغير لا يقدر على طلبه بنفسه، وتركه يؤدى إلى هلاكه فيعود الحق لله.

القول الثالث :

إن الحضانة حق للحاضن، وعليه فهو يسقط بإسقاطه له، فإذا أسقطه لا يجبر

---

(١) مغنى المحتاج ص ٤٤٩ وما بعدها.
(٢) سورة البقرة : ٢٣٣.
(٣) الولاية على النفس ص ٨٢.

عليه إلا بسبب شرعى خاص أى لضرورة، حيث لا يوجد حاضن آخر يقوم مقامه فى أمور الحضانة على وجهها الشرعى الصحيح، وعلى ذلك لا تجبر الأم على حضانة ابنها إذا تركت حقها فيها إلا إذا كانت نفقة المحضون عليها، حيث ترتبط ولاية المال بالنفس ولا تسقط بالإسقاط وهذا مذهب جمهور الحنفية ورأى للمالكية والشافعية، وهو مذهب الحنابلة والزيدية، والإمامية والثورى[1].

واستدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ [2].

ووجه الدلالة من الآية أنها بينت أنه عند التعاسر أى الاختلاف فى أمر الرضاعة «فسترضع له أخرى»، أى امرأة أخرى غير المرضعة الأولى، لأن ذلك هو الذى يرفع الخلاف والنزاع فى أمر الحضانة والإرضاع، وبذلك تكون آية: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ الأمر فيها للندب وليس للوجوب أو أنها محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر، لأن الاتفاق فيها يلزم طبقا لقاعدة الإلزام الشرعية فى العقود لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب الوفاء به لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..﴾[3]، ولأننا إذا قلنا بإجبار الحاضنة على الحضانة فعسى أن تعجز عن القيام بها ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها[4].

القـــول الرابع:

وهو أن الحضانة حق للحاضنة والمحضون معا، أى أن الحق فيها مقرر شرعا لهما معا، وهذا رأى لبعض المالكية والمختار عند الإباضية، كما فى الولاية على النفس[5].

---

(١) المرجع السابق مغنى المحتاج ٣/ ٤٤٩ وما بعدها.
(٢) سورة الطلاق: ٦.
(٣) سورة المائدة: ١
(٤) الولاية على النفس بتصرف ص ٨٢.
(٥) المرجع السابق ص ٨٣.

وقد استند هؤلاء إلى آية الطلاق التى أجازت للأم عند التعاسر ترك الحضانة، فثبت أن لها حق فيها كما نظروا إلى أنه لا يجوز تركها من الحاضن إذا لم يوجد غيره، بحيث يميز عليها بسبب شرعى، مثل عدم المرضع الآخر أو عجز المنفق عن ثمن الرضاعة والحضانة، وهذا يثبت أن الحق للمحضون فثبت أن الحق لهما معا فى الجملة(١) .

الترجيح بين الأقوال السابقة:

والذى نميل إليه فى الترجيح ـ والله أعلم ـ هو أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا فهى حق للأم الحاضنة لا يمكن لأحد أن ينتزعه منها إلا برضاها وبإسقاطها له لنص آية الطلاق، والتى بينت أنه عند تعاسر الزوج وامتناعه عن أجرة إرضاع وليده وإعطائها للأم، فإن للأم إذا لم ترض بالتبرع بالرضاع أن تمتنع عن إرضاعه، ويجبر الأب على استئجار مرضعة أخرى لإرضاع ولده بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر بالرضيع من أى جهة كان، فإن ترتب على ذلك أى ضرر بالطفل؛ أجبرت الأم على الإرضاع بالدين أو بالتبرع وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ﴾، وأما إنها حق للمحضون فلقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾، لأن الآية أمرت الوالدات بإرضاع أولادهن أمر إلزام، وهذا يستفاد من الإخبار بالإرضاع الوارد، وفى قوله تعالى: ﴿يرضعن﴾ لأن الأمر إذا جاء بصيغة الإخبار دل على الوجوب والإلزام باستمرار مدة الأمر، أى المدة المأمور فيها بالشىء، والأمر فيما يتعلق بالإرضاع فيكون الأمر ملزما مدة الرضاعة، وهذا يجمع بين الآراء، وإنما قلنا بأنها حق للمحضون أيضا، لأنه إذا ترتب على تركها من الحاضن الأصلى ضرر بالمحضون، سقط حق الحاضن بحكم الشرع وبقى الحق للمحضون فقط، وأجبرت الأم الحاضنة على حضانة ولدها حتى لا يضيع الولد، لأن حق الولد هو حق الله الخالص الذى فيه إحياء للنفس التى استخلفها الله ـ سبحانه وتعالى ـ لعبادته وعمارة هذه الأرض، وكون الحضانة حقا لله يحقق فى الوقت نفسه أنها حق

---

(١) المرجع السابق .

للعبد، لأن إحياء الولد مصلحة له تتعلق بنفسه وذاته، ولكن ذلك لا يتحقق على وجه الكمال والتمام إلا بجعله حقا لله وللعبد مصلحة أكيدة فيه، فكان هذا الحق لابد من المحافظة عليه. وهذا لا يتحقق إلا بإطاعة الله فيه حسبما أمر. وهذا الاتجاه فى الترجيح يحقق مصلحة الحاضن والمحضون معا، كما يتحقق معه مصلحة الأب والأم والولد معا، وتحقيق هذه المصالح الثلاث عند التنازع فيها أمر يتعلق بالقاضى، وفى جميع الأحوال يجب أن تحقق مصلحة المحضون وتغلب على مصلحة الحاضن سواء كان ذلك الحاضن هوالأم أو الأب أو غيرهما ممن تتوافر فيه شروط الحضانة . . والله أعلم.

المطلب الثالث

المستحقون للحضانة وترتيبهم عند الفقهاء

تمهيـــد :

لا خلاف بين الفقهاء فى أن الحضانة عند عدم النزاع من أصحاب الحق فيها ممن تتوافر فيه شروط الحضانة، سواء قلنا إن الحضانة حق لله أوحق للعبد أو حق مشترك، لأنها على الأقوال الثلاثة ولاية شرعية تصح ممن تتوافر فيه هذه الولاية، فإذا توافرت شروط الولاية فى الحاضن كان فعله مجزئا شرعا يمكن ترتيب أثره الشرعى بالنسبة للحاضن والمحضون معا، سواء كانت الحضانة بأجر أو بطريق التبرع، مع مراعاة توافر شروط استحقاق الحضانة الشرعية عند المطالبة بأجرتها من الحاضن، كما أنه لا خلاف بينهم فى أنه عند النزاع عليها بين الأم والأب، فإن حق الأم فيها مقدم على حق الأب، سواء كانت زوجة أو معتدة أو أجنبية خلية عن الأزواج وذلك لقوله - ﷺ - : «للمرأة التى نازعها زوجها فى حضانة ابنها بعد فراقها منه أنت أحق به ما لم تنكحى»[1]، «ولما روى أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنهما ـ بعاصم لأمه أم عاصم»، وقال: «ريحها وشمها ولطفها خير له منك»[2]، ولأنها أقرب إليه وهى مع أبيه، مسند تتميز عن الأب بأنها تلى بنفسها والأب لا يلى بنفسه عادة بل بغيره، وهذا فى الطفل الذى لا يستغنى عن النساء ومن فى حكمه.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والدار قطنى والبيهقى والحاكم وغيرهم، وانظر مسند أحمد ٢/ ١٨٢ وسنن أبى داود ٢٢٧٦، والدار قطنى ٣/ ٣٠٤، والبيهقى ٨/ ٤، والحاكم ٢/ ٢٠٧، وشرح الزركشى ٦/ ٣١.

(٢) رواه سعيد فى سننه بسنده برقم ٢٢٧٢ ، وعبد الرازق فى المصنف ١٢٦ ، وابن أبى شيبه ٥/ ٢٣٦ .

فالمجنون والمعتوه ولاستوائهم فى المعنى، استووا فى الحكم[1] . وشروط الحضانة التى لا خلاف عليها بالنسبة للحاضن هى :

الحرية والبلوغ والعقل والعدالة الظاهرة[2]، وإنما الخلاف بين الفقهاء فى غير ذلك من الشروط، كشرط الإسلام بمن يقوم عند تنازع الأم والأب فيها من الرجال والنساء أو من النساء وحدهم، أو من الرجال، وكذلك الخلاف بينهم فى درجات مستحقى الحضانة وترتيبهم فيها، وسوف نبدأ بذكر مراتبهم فى المذاهب الأربعة وعند الظاهرية وذلك على النحو التالى :

مستحقو الحضانة وترتيبهم فى المذاهب الفقهية :

أولا : فى المذهب الحنفى :

فى المذهب الحنفى تصح الحضانة مع النساء والرجال، ولكن عند التنازع والتعارض واجتماع الرجال والنساء، فإنه لا حضانة للرجال مع وجود النساء المستحقين لها وإن كان الأب والجد، لأنها عندهم لا تنتقل إلى الرجال إلا إذا عدم النساء المستحقات بها .

ويجب أن يراعى فيها الترتيب الآتى عند النزاع .

وأولى النساء على الإطلاق الأم ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخ كذلك الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم العمات[3] .

وروى عن أبى حنيفة أن الخالة مقدمة على الأخت، لأن الخالة بمنزلة الأم لقوله - ﷺ - : «الخالة والدة» والخالات مساويات للعمات فى القرب، وإنما تقدم الخالات لأن قرابتهن من جهة الأم، وتقدم من كانت لأب وأم لأنها تدلى بجهتين فتكون أولى، ثم من كانت أقرب من الأم، ثم من الأب ترجيحا لقرابة الأم،

---

(1) شرح الزركشى ٦/ ٣١ .

(2) المرجع السابق ٦/ ٣٢، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٥٥، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٦٤ وما بعدها .

(3) الاختيار ٤/ ١٧ وما بعدها .

ويشترط فيمن تستحق الحضانة من النساء أن تكون ذا رحم محرم إذا كان المحضون ذكرا[1]، ثم تنتقل الحضانة للرجال إذا عدمت النساء المستحقات للحضانة، وأولاهم بها أقربهم تعصيبا بشرط أن يكون محرما لو كانت المحضونة أنثى وأن يكون عدلا[2].

وإذا اجتمع مستحقون للحضانة فى درجة واحدة وتنازعوا قدم أورعهم ثم أكبرهم.

ولا يشترط فى الحاضن الإسلام؛ لأن الذمية أحق بوليدها المسلم من أبيه ما لم يخف عليه الكفر بشرط أن تكون الحاضنة حرة، وعلى هذا يشترط الحنفية فى الحاضن الشروط الآتية.

أولا : الحرية لأن الحضانة ولاية والعبد ليس من أهلها .

ثانيا : البلوغ، لأن الحضانة تكليف والتزام والصبى ليس من أهلها لدفع التكليف عنه، ولأنه غير ملتزم فى حق نفسه فكيف يكون ملتزما فى حق غيره، والقاعدة الشرعية تقول : إن فاقد الشيء لا يعطيه.

ثالثا : العقل، لأن العقل هو مناط الالتزام بالأحكام الشرعية والتكليف، ولأن من لا يعقل من أهل الحضانة فكيف يتصور أن يكون حاضنا فيها.

رابعا : العدالة الظاهرة وشروطها عندهم عدم الفسق ، أى عدم ارتكاب ما يوجب الحكم عليه بالفسق؛ ليشمل ذلك عندهم الغرم المأمون على المحضون إن كان فى بلاد المسلمين وتحت ولاية أقربائه العصبة[3] .

خامسا: أن يكون المحضون فى سن الحضانة، وهى التى لا يستغنى فيها المحضون عن خدمة الغير بالنسبة للمحضون الذكر، وبالنسبة للجارية حتى البلوغ بالحيض؛ إن كانت الحاضنة الأم أو الجدة، وعن غيرهما حتى تستغنى عن خدمة النساء[4] .

---

(1) المرجع السابق ٤/١٨ .
(2) المرجع السابق ٤/١٩ .
(3) الاختيار ٤/٢٠ .
(4) الاختيار ٤/١٩ .

ثانيا : فى المذهب المالكى :

وفى المذهب المالكى تقدم الأم ثم أم الأم وإن علت ، ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم خالة الأم، ثم أم الأب ثم أمها وإن علت، ثم الأب ثم الأخت ثم العمة ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت ثم الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم الجد لأم ثم ابن الأخ ثم العم ثم المولى المعتق، ويقدم فى كل ما ذكر الشقيق، ثم الذى لأم ثم الذى لأب، وعند التساوى يقدم الأكثر ديانة وشفقة:

فإن تساويا قدم الأكبر سنا، فإن تساويا أقرع بينهم[1] .

ثالثا : فى المذهب الشافعى :

الحضانة عندهم حفظ من لا يستقل وتربيته والإناث أليق بها، والحضانة مع الصغير حتى التمييز وبعد سن التمييز تسمى كفالة ورعاية إنفاق، وعند الشافعية فى الحضانة إذا اجتمع ذكور وإناث تتوافر فيهم شروط الحضانة وتشاحا عليها قدمت الأم ثم أمهاتها ، وإن علت، ثم الأب على الصحيح ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمة، ويقدم الأصل على الحاشية، فما ينسب إلى الآباء والأمهات يقدم على الحواشى، فإن فقد الأصل أى الذى يتصل بالأب أو الأم؛ فالأصح أنه يقدم منهم الأقرب إلى المحضون حسب ترتيب الميراث ذكرا كان أو أنثى وإن استووا الأنثى، فإن استووا أقرع بينهم ومقابل الأصح وهو صحيح أيضا فى المذهب أن نساء القرابة وإن بعدن أولى من الذكور وإن كان الذكور من العصبات لأنهن أصلح للحضانة من الرجال[2] .

وعلى الأصح فى المذهب يقدم الشقيق فى كل ما سبق على الذى لأب، ويقدم الذى لأب على الذى لأم فقط، أى يقدم جهة الأب على جهة الأم، ومقابل الأصح وهو صحيح فى المذهب أيضا يقدم بعد الشقيق جهة الأم على جهة الأب، أى يقدم الأخ لأم على الأخ لأب[3] ، وعلى الأصح أيضا لا حضانة لجدة

---

(١) مختصر خليل ١٦٧ ، والشرح الكبير عليه مع حاشيته للدسوقى ٢/ ٢٦ وما بعدها.

(٢) راجع فيما سبق مغنى المحتاج ٣/ ٤٥٤ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ٣/ ٤٥٢ .

لا ترث ، ، وذلك مثل أم أبى الأم وتسمى الجدة الفاسدة فى الميراث ، وهى التى لا ترث ، وعلى الأصح أيضا تثبت الحضانة لكل أنثى غير محرم كبنت الخالة وبنت العمة وبنت العم بشرط أن يكون المحضون غير مشتهى .

وعلى مقابل الأصح ، وهو الصحيح لا تثبت الحضانة للأنثى على الذكر إلا إذا كانت محرما بالنسبة له ، وعليه فلا تثبت لبنت العم ولا لبنت العمة ولا لبنت الخالة ، وإن كان المحضون صغيرا لا يشتهى لأنهن غير محرم بالنسبة له[1] .

ترتيب المستحقين للحضانة فى المذهب الشافعى:

المستحقون للحضانة فى المذهب الشافعى كالتالى :

١ ـ الأم .

٢ ـ أم الأم ثم أبناؤها إذا لم يكن للمحضون بنت ، حيث تقدم بنت المحضون . عند فقد أبويه على الجد ، وهذا يتصور فى حضانة المجنون والمعتوه فقط لأخ صغير .

٣ ـ الجدة لأم ثم أمهاتها المدليات ثم أم أبى الجد ، كذلك إذا لم يكن للمحضون بعدم تقدم بنت المحضون عند فقد أبويه على الجدات .

٤ ـ الأخت بجميع درجاتها .

٥ ـ الخالة .

٦ ـ بنت الأخت .

٧ ـ بنت الأخ .

٨ ـ العمة ، ويقدم الشقيق على الذى لأب ، ويقدم من لأب على من لأم ، ثم بقية الذكور العصبة حسب ترتيبهم فى الميراث ، وتثبت للمحرم ولغير المحرم ، ولكن لا تسلم لغير محرم مشتهى كابنة عم ، بل تسلم إلى ثقة بينها الحاضنة[2] .

---

(١) مغنى المحتاج حـ٣ ص ٤٥٢ .

(٢) المرجع السابق حـ٣ ص٤٥٣ .

أما إذا اجتمع إناث فقط فيكون الترتيب فى الحضانة كالآتى : الأم ثم أم الأم وإن علت ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنت الأخت ثم بنت الأخ ثم العمة[1] ، وإذا اجتمع ذكور فقط فتثبت لهم الحضانة فى كل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث بلا خلاف، وهكذا تثبت لغير محرم كابن العم على الصحيح، ولكن لا تسلم إليه محضونة مشتهاة بل إلى امرأة ثقة يختارها هو بعينها تتوافر فيها شروط الحضانة[2] ، ويراعى ترتيب الإرث فى الحضانة فيقدم الأقرب على الأبعد، فالأب يقدم على الجد والأخ يقدم على العم وعلى ابن الأخ وهكذا، فإن فقد فى الحاضن شرط الإرث والعصوبة والمحرمية معا كابن الخال وابن العمة فلا حضانة لهم فى الأصح؛ لفقد الإرث والمحرمية مع ابن الخال وابن العمة، وكذا عند فقد الإرث فقط، كما فى أب الأم أى الجد لأم، والخال وهو أخو للأم لأنهم لا يرثون ولا يعقلون فى الجناية ولا ولاية لهم فى النكاح[3] ، وعلى مقابل الأصح وهو صحيح فى المذهب لهم الحضانة لشفقة الحاضن فيها بالقرابة[4]. ولا حق للمحرم بالرضاع فى الحضانة ولا فى الكفالة ولا للمولى وعصبته على المذهب لفقد الإرث فى الأول وفقد القرابة فى الثانى وإن وجد فيه حق الإرث[5].

شروط الحضانة عند الشافعية:

١ ـ الحرية .

٢ ـ العقل والبلوغ .

٣ ـ الأمانة لأن الفاسق لا يلى ولا يؤتمن ولا تكفى العدالة الظاهرة لتحقيق الأمانة كشهود النكاح.

---

(١) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة .
(٢) مغنى المحتاج ٣/ ٤٥٣ .
(٣) مغنى المحتاج ٣/ ٤٥٣ .
(٤) المرجع السابق .
(٥) المرجع السابق .

٤ ـ الإسلام إذا كان المحضون مسلما لأنه لا ولاية لكافر على مسلم، ولأنه ربما فتنه الكافر في دينه، ولا حجة لمن تمسك بحديث أبي داود وغيره أن النبي خَيَّر غُلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة فمال إلى الأم فقال النبي - ﷺ - اللهم اهده فعدل إلى أبيه[١]، لأنه حديث منسوخ أو محمول على أنه - ﷺ - علم أن الله استجاب إلى دعائه وأنه يختار الأب المسلم بعد استمالته إلى قلب الأم. وإن كانت الأم مشركة، والأب غير موجود، فيحضنه أقاربه المسلمون، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته، فإن لم توجد حاضنة ففي بيت مال المسلمين.

٥ ـ الخلو من زوج أجنبي عن الطفل وإن لم يدخل بها لحديث «أنت أحق به ما لم تنكحي»[٢]، ولأن مقامه مع زوج أمه يلصق عارا بأقربائه.

٦ ـ أن تكون الحاضنة مرضعة للطفل إذا كان المحضون رضيعا، أي أن يكون لها لبن بالفعل على الصحيح، فإن لم يكن لها لبن أو امتنعت عن الإرضاع الفعلي من لبنها للطفل فلا حضانة لها على الصحيح، وقد صحح البلقيني أنها إن امتنعت ولها لبن فلا حضانة لها على الأصح، مما يعني أن الخلاف قوي في ذلك، وبذلك يكون مقابل الأصح صحيح، وإن كانت غير ذات لبن فلا تسقط حضانتها جزءا لأن الخلاف فيمن لها لبن وامتنعت عن الإرضاع.

٧ ـ ألا يكون بالحاضن مرض معد للرضيع ومنه الجزام والبرص.

٨ ـ ألا يكون أعمى إذا لم يكن له من يقوم بالحضانة عنه.

٩ ـ أن يكون رشيدا في المال حيث لا حضانة لسفيه.

١٠ ـ ألا يكون مغفلا[٣].

---

(١) سبل السلام ٣/ ٢٢٨ وما بعدها، ونصب الراية ٣/ ٢٧٠ وما بعدها، ونيل الأوطار ٦/ ٢٥٠.

(٢) انظر التحرير ص ٣١.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٤٥٤ وما بعدها ٤٥٦.

رابعا : ترتيب المستحقين للحضانة فى المذهب الحنبلى :

قال فى الروض المربع تجب الحضانة لحفظ صغير ومعتوه ومجنون لأنهم يهلكون بتركها ويضيعون، والأحق فيها أم، ثم أمهاتها القربى، ثم أب ثم أمهاته القربى فالقربى، ثم جد، ثم أمهاته، ثم أخت شقيقة، ثم أخت لأم ثم أخت لأب ثم خالة شقيقة ثم خالة لأم أى أخت الأم من جهة الأم فقط، ثم خالة لأب أى أخت الأم من جهة الأب فقط، ثم عمة شقيقة، ثم عمة لأم، ثم عمة لأب، ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم عمات أمه، ثم عمات أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته بالترتيب السابق، ثم بنات أعمامه لأبيه بالترتيب السابق، ثم لباقى العصبة الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث، ثم لذوى أرحامه من الذكور والإناث غير ما تقدم وأولادهم أى أم أبى الجد لأم، ثم أمهاته فالأخ لأم فخال، ثم تنتقل الحضانة بعد ذلك للحاكم إذا لم يوجد أحد منهم أو فقدت فيهم شروط الحضانة، وجاء بنفس الترتيب فى شرح منتهى الإرادات(١) .

ولكنه اشترط فى الحاضن العصبة الذكر كونه محرما ولو يضاع ونحوه كمصاهرة لأنثى محضونة بلغت سبعا من السنين لأنها محل شهوة، وقال : لا تسلم لغير المحرم كابن العم عند تعذر المحرم، بل يسلمها غير المحرم إلى امرأة ثقة يختارها، أو يسلمها إلى إحدى محارمه الثقات لأنها أولى من الأجنبية ومن الحاكم(٢) .

وكذلك إذا كانت الأم متزوجة ولا يوجد أحد ممن يستحق الحضانة بعدها، حيث تسلمه إلى امرأة تختارها أو يختارها أحد محارمها(٣) .

---

(١) ٣/ ٢٦٣ وشرح الزركشى ٦/ ١٣١ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ٢٦٤ .
(٣) المرجع السابق .

شروط الحضانة عند الحنابلة :

وتشترط فى الحاضنة : الحرية والعدالة الظاهرة والإسلام بالنسبة للمسلم ، والخلو من الزوج ولورضى زوجها لحديث «أنت أحق به ما لم تنكحى»[(١)] .

خامسا : ترتيب مستحقى الحضانة عند الظاهرية :

قال ابن حزم : الأم أحق بالحضانة حتى البلوغ ، ثم الأب أوالأخت أو العمة أو الخالة أو العم أو الخال وذوو الرحم أولى من غيرهم بكل حال ، والدين مغلب على الدنيا وعند الاستواء فى كل ذلك يقدم الأم والجدة ، ثم الأب والجد ، ثم الأخ والأخت ، ثم الأقرب فالأقرب[(٢)] .

ترتيب مستحقى الحضانة عند الزيدية كما فى البحر الزخار على الراجح[(٣)]

إذا اجتمع الرجال والنساء فلا حضانة للرجال مع وجود أى درجة من النساء وترتيب النساء كالتالى :

أولا : الأم ثم أمهاتها وإن علون ، ثم الأب ثم الخالة ، ثم أم الأب ثم أمهاتها ، ثم أمهات الأب لأم الجد الفاسد ، ثم الأخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الأخوات ، ثم بنات الأخ ثم العمات ثم بناتهن ، ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ، ثم بنات أعمام الأب وقرابة النساء من جهةالأب معتبرة ، إذا لم يوجد من فى درجتهن من جهة قرابة الأم ، ويقدم ذو النسبين ثم ذوو الأم أى يقدم من كان لأبوين ثم لأم ثم لأب ، حيث تقدم قرابةالأبوين ثم قرابة الأم ثم قرابة الأب ، فالأخت الشقيقة تقدم على الأخت لأم والأخت لأم تقدم على الأخت لأب ، هكذا فى كل القرابات على الراجح فى المذهب ، ومتى بطلت قرابة النساء أو انعدمت كل درجاتها فالأقرب ثم الأقرب من العصبة المحارم[(٤)] .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وغيرهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، مسند أحمد ٢/ ١٨٢ ، وسنن أبى داود ٢٢٧٦ ، وشرح الزركشى ٦/ ٣١ ، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٦٤ .

(٢) المحلى ٧/ ٣٢٣ .

(٣) ٤/ ٢٨٧وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ٤/ ٢٨٨.

وبذلك يتفق مذهب الزيدية مع مذهب الحنفية من حيث الجملة فى ترتيب مستحقى الحضانة .

النتيجة بعد بيان ترتيب الحضانة فى المذاهب على النحو السابق :

قد ظهر لنا من العرض السابق النتائج التالية فى ترتيب الحضانة .

أولا : إنه يوجد خلاف كبير من حيث التفصيل بين الفقهاء بعد الأب والأم والجدة ، من حيث التقديم والترتيب لعدم وجود نصوص قاطعة فى الترتيب ولاقتصار ما ورد من نصوص فى الأم والأب والخالة فقط ، وإن لم تنص على ترتيب بينهم إلا ما يفهم من تقديم الأم على الأب فى حديث تنازع الأم والأب على حضانة الابن الصغير غير المميز وهو قوله ـ ﷺ ـ «أنت أحق به ما لم تنكحى»[1] .

ثانيا : من نظر إلى أن الحضانة أصلا يقوم بها النساء ، وهن أقدر عليها فقد قدمهن على الرجال من الجهتين ، بحيث لا تنتقل إلا إذا عدم النساء وهو مذهب أبوحنيفة ، ومن وافقه ، ومن نظر إلى أن الحضانة يراعى فيها ما سبق مع الشفقة والعطف ، فقد قدم جهة القرابة القربى على البعدى ، وقدم جهة الأم على جهة الأب لأن الأم أكثر شفقة من الأب ، وأدخل فيها نساء العصبة ونساء ذوى الرحم ، كما هو مذهب الجمهور ، وإن قدم البعض قرابة ذوى الرحم على قرابة العصبة ، كما فى تقديم الخالة على الأب والجد والأخت والعمة عند المالكية ، ومن نظر إلى أن الحضانة يتعلق بها الحفظ والرعاية والعطف والحنان والشفقة ، فقد أدخل فيها جانب الرجال مع النساء لوجود القرابة معهم ولأن هذه المعانى معهم فى جانب الحفظ والرعاية ، بل هم عليها أقدر فى بعض الأحيان ، كما فى قرابة العصبة ، وبهذا تدخل قرابة الرجال من ذوى الأرحام الحضانة ، ويقدم منهم الأقرب فالأقرب حسب ترتيبهم فى الميراث ، حيث تقدم درجة القرابة مطلقا وهو مذهب جمهور الفقهاء .

---

(١) رواه أحمد بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا مسند أحمد ٢/ ١٨٢ ورواه أبو داود والدار قطنى والحاكم والبيهقى وانظر الزركشى ٦/ ٣١.

ثالثا : الذى استخلصته من نصوص الفقهاء فى ترتيب مستحقى الحضانة فى المذاهب المختلفة هو ما يلى :

١ ـ إن الأم مجمع على تقديمها على جميع المستحقين للحضانة فى كل الأحوال عند توافر شروط الحضانة معها لحديث النبى ـ ﷺ ـ «أنت أحق به ما لم تنكحى».

٢ ـ بعد الأم اتفق جمهور الفقهاء[1] على أن أم الأم تحل بعد الأم فى الترتيب وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية والظاهرية بلا خلاف، وكذا الحنابلة فى قول .

وقد اقتصر الحنفية والحنابلة فى إحدى الروايتين والظاهرية فى الترتيب فى النص بعد الأم على أم الأم فقط، أى الدرجة الأولى، بينما نص المالكية والشافعية والزيدية على أن أم الأم مهما علت درجتها تحل محل الأم عند فقد الأم .

٣ ـ اختلف الفقهاء فيمن يلى أم الأم (الجدة لأم) على ثلاثة أقوال :

الأول لجمهور الفقهاء :

الحنفية والشافعية والحنابلة فى قول وهو المختار فى المذهب والظاهرية أن الجدة لأب تلى الجدة لأم مباشرة، وتقدم على الأب لأن لفظ الجدة يشملهما معا، ولأنهما يشتركان معا فى إرث السدس الذى ترثه الأم عند فقد الأم .

القول الثانى :

للمالكية وهو أن الخالة تلى الجدة لأم، وهى تتقدم على الجدة لأب، وتقدم الخالة بجميع جهاتها على أم الأب، وذلك استدلالا بما روى فى الصحيحين عن البراء بن عازب أن عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا فى بنت حمزة،

---

(١) هذا القيد نظرا لأن الحنفية لهم مذهب مستقل فى أن الرجال لا ملحظ لهم فى الحضانة إلا بعد فقد جميع درجات النساء أو فقد شروط إعطائه فيهن من جميع الجهات .

فقال على أنا أحق بها وهى ابنة عمى، وقال زيد بنت أخى، وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى، فقضى بها النبى - ﷺ - لخالتها وقال «الخالة بمنزلة الأم»[1] .

القــول الثالث :

إن الأب يلى الجدة لأم مباشرة، ويقدم الأب على أمه لأنها تدلى به، ولأن الأب فى منزلة الأم ويلى بعدها، ولكن قدمت أم الأم عليه لأنها بمنزلة الأم، ويشهد لذلك ظاهر حديث «أنت أحق به ما لم تنكحى» ، لأن مفهوم الحديث أن الأب أحق بعد الأم، فلا يتقدم عليه أحد إلا برضاه أو لعدم توافر شروط الحضانة فيه سواء، حضن بنفسه أوبواسطة غيره من النساء، وهذا هو مذهب الحنابلة فى ظاهر المذهب والشافعية على الصحيح عندهم والزيدية .

٤ - اتفق جمهور الفقهاء أن الجدة لأب تلى الجدة لأم، وأن الجدة لأم تقدم عليها عند وجودهما معا وتنازعهما على الحضانة، ولكنهم اختلفوا فيمن يلى الجدة لأب على أقوال ثلاثة :

الأول : للحنفية وهو أن الأخت تلى الجدة لأب.

الثانى : للحنابلة فى ظاهر المذهب أن الجد لأب يلى الجدة لأب، وهذا على القول بتقديم الأب على الجدة لأب ويعد الجد لأب تلى الأخت .

الثالث : وهو مذهب الشافعية والظاهرية أن الأب وإن علا هو الذى يلى الجدة لأب، لأن الترتيب عندهم هوالأم ثم أم الأم ثم أم الأب ثم الأب ثم الجد وإن علا، ثم الأخ والأخت بجميع درجاته الثلاث، ويقدم الشقيق ثم الذى لأم ثم الذى لأب عند التساوى، ثم باقى القرابة ثم الأخ والأخت، وعند التساوى فى الدرجة الواحدة يتقدم النساء .

(١) صحيح البخارى ٢٩٩ ، ٤٢٥١ ، والترمذى ٦/ ٣٠، والبيهقى ٨/ ٥، ونيل الأوطار ٦/ ٣٦٨، ورواه أبو داود، وقال فيه الخالة أم، كما قال صاحب الولاية على النفس ص ٩٧، ورواه أحمد عن على ٥/ ٤١٢ عن ابن لهيعة، والترمذى ٤/ ٥٠٤، والحاكم ٢/ ٥٥ و ٢/ ٢٢٧، وانظر حاشية شرح الزركشى للشيخ عبدالله الجرين ٦/ ٣٥ .

٥ ـ اختلف جمهور الفقهاء فيمن يستحق الحضانة بعد الأخت على أقوال :

الأول : إن الخالة تلى الأخت فى الترتيب وهو للحنفية والشافعية والحنابلة .

الثانى : للشافعية فى قولهم الآخر وهو أن الذى يلى الخالة بنت الأخت وبنت الأخ ثم العمة .

٦ ـ بعد العمة : اختلف الفقهاء على أقوال ثلاثة فيمن يليها فى الترتيب . .

الأول : للحنفية أن بنت الأخت تلى العمة وتقدم على بنت الأخ .

الثانى : للمالكية والشافعية أن بنت الأخ وبنت الأخت فى درجة واحدة ويقرع بينهما عند التنازع .

الثالث : للحنابلة وهو أن بنت الأخ بعد العمة فى الترتيب وهى مقدمة على بنت الأخت .

٧ ـ وبعد بنت الأخ وبنت الأخت اختلف الفقهاء فيمن يليهما فى ترتيب الحضانة على أقوال أربعة .

الأول : يلى بنت الأخ وبنت الأخت بنت العم وهو للحنفية .

الثانى : يلى بنت الأخ أو الأخت العمة ، ثم بنت العم أو العمة أو الخال أو الخالة وهو للشافعية على الأصح .

الثالث : يلى بنت الأخ بنت الأخت ، ثم بنت العم ، ثم بنت العمة ، ثم باقى العصبة ، ثم بنت الخالة ، ثم بنت الخال ، ثم الخال وهو الحنابلة .

الرابع : يلى بنت الأخ أو الأخت الوصى ثم الأخ ثم الجد ثم باقى القرابة حسب الترتيب وهو للمالكية .

الترجيح فيما سبق من خلاف :

والذى نراه راجحا من حيث ترتيب مستحقى الحضانة الشرعية هو الترتيب التالى :

أولا : الأم ثم أمهاتها وإن علت، ثم أم الأب وإن علت ثم الأب وإن علا ثم الأخت ثم الخالة ثم العمة ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت ثم الأخ ثم العم ثم الخال ثم ابنهما ثم بقية القرابة حسب ترتيبهم فى الميراث، ثم وصى الأب أو الأم ثم قرابة العصبة النسبية ثم الحاكم، ويقدم من قرابته للأم والأب على قرابة أحدهما فقط، ويقدم قرابة الأم على قرابة الأب مرعاة لتقديم جانب الأم فيها على الأب ولأنها يراعى فيها جانب الشفقة والعطف والحنان، وهى فى جهة الأم أكثر وأولى من جهة الأب، وبذلك تقدم الأخت لأم على الأخت لأب، ويقدم النساء على الرجال عند تساويهما فى درجة الحضانة ويقدم ذوو المحارم على غيرهم فى جميع الأحوال وفى غير المحارم من العصبة، أو من قرابة ذوى الأرحام يراعى أن يكون المحضون غير مشتهى ذكرا كان أو أنثى، فإن كان مشتهى وليس هناك ذو رحم محرم، فإنه يكون عند ثقة الرجال مع الرجال والنساء مع النساء، فإن لم يوجد فيوضع حسب ما يراه الحاكم فى مصلحته أى يعين له من يتولاه من الرجال الثقة أو النساء الثقات والله أعلم.

سبب هذا الترجيح ودليله:

هذا وسبب تقديم الأم فى الترتيب النص والإجماع على تقدمها على جميع المستحقين للحضانة فى الترتيب، وأما أم الأم فلأنها فى منزلة الأم لأن أم الأم أم، وهذا الاسم يطلق عليها وإن علت، واللغة تشهد لذلك ونصوص الشرع أيضا بالقياس على أب الأب لقوله تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ وإبراهيم جد لنا وقد سماه القرآن أبا، فكان إطلاق الأب وإن علا على الجد إطلاقا شرعيا صحيحا، والجد أصل للأب والجدة أصل للأم فكان الحكم الشرعى ينطبق عليها أيضا بالقياس على الأب لنفس العلة والسبب، وأما كون أم الأب تلى أم الأم، فلأن كلا منها تسمى جدة، ويشتركان فى الميراث عند فقد الأم عند تساويهما فى الدرجة، ولكن قدمت الجدة لأم هنا عليها لأنها فى منزلة الأم والأم قدمت على الأب، والجدة لأب فى محل الأب فتقدم عليها الأم وأمهاتها.

أما تقدم أم الأب على الأب فلأنها تحضن عن طريقه بواسطة نفسها، والأب

يحضن بواسطة غيره من النساء بها أو بغيرها، فيقدم من كان يحضن نفسه على من يحضن بواسطة غيره لأن الحضانة أصلا تناط بالنساء والولاية تناط بالرجال، وأما تقديم الأب على بقية المستحقين بعد الأم والجدة من الجهتين؛ فكونه أصلا للمحضون وهو فى درجة الأم وله اشتراك فى أحقية الحضانة معها بنص الحديث، ولكنها زادت عليه درجة فيعود الحق فى الأفضلية إليه بعد إتمام أو زوال هذه الدرجة بالأسباب الشرعية عملا بأصل الحضانة فى جانب الأم والأب معا، وأما كون الأخت تلى الأب وتقدم على الخالة، فلأن الأخت تزيد على الخالة فى درجة الرحم والقرابة أى مقدمة عليها فى جهة القرابة، لأنها فى درجة العضوية والخالة فى درجة ذوى الرحم فقط، وتزيد الأخت عليها أنها ذو رحم محرم درجتها أقرب من الخالة لأن الأخت تتصل بالمحضون بطريق المباشرة أى يجمعها بالمحضون أصل واحد سواء كان ذلك من الجهتين كالشقيقة أو من جهة واحدة كالأم أو الأب، بخلاف الخالة لأنها تتصل بالمحضون بطريق غير مباشر وهو الأم بواسطة الجد، وأما حديث «الخالة أم» أو بمنزلة الأم فالمراد منه فى العطف والشفقة وإثبات حق الحضانة لها فى الجملة، لا بتقديمها على من هو أقرب منها درجة لأن الحديث لم يتعرض لدرجتها من حيث ترتيبها فى الحضانة بين المستحقين لها، وإنما أثبت أن لها حقا فى الحضانة لأنها فى منزلة الأم فى الشفقة والحنان، وأما كون العمة تلى الخالة فلأن جانب الأمومة مراعى فى التقديم إذا استوت الدرجة على جانب الأبوة، ولوجود النص الخاص بها وهو حديث «الخالة أم» ، وأما كون بنت الأخ تلى العمة وقبل بنت الأخت، فلأن العمة فى درجة الأب فهى أعلى منها فى الدرجة والقرب، وبنت الأخ تزيد على بنت الأخت فى درجة العضوية وتتساوى معها فى درجة المحرمية، وأما تقديم الأخ على من يليه، فلأن الأخ فى منزلة الأخت ولكن قدم عليه جانب النساء فى درجته أو أقل منها، مراعاة لجانب النساء فى الحضانة، وأما تقديم الجد لأم على العم فلتقديم الجد مع الأب عليه ولتقديم الأم على الأب والجد لأم تدلى به الأم فكان جدا للمحضون؛ فيكون له نصيب فى الحضانة، وجانب الشفقة فيه والعطف أقوى من العم فقدم عليه.

وأما كون العم يليه ويقدم على الخال، فلأن العم يزيد على الخال فى درجة العضوية والإرث وإن اشتركا فى درجة صلة الرحم، لأن العم أخ الأب والخال أخ

الأم، وأما كون باقى المستحقين فى الحضانة يراعى فيهم درجة القرابة من المحضون، فإن ذلك يسهل قاعدة ترتيب المستحقين لها مع مراعاة أن من كان ذا رحم محرم يتقدم على غير المحرم مطلقا، وأن درجة القرابة من الجهتين تقدم على درجة القرابة من جهة واحدة، وإذا استوت الدرجة تقدم قرابة الأم على قرابة الأب، وإذا استوت الدرجة والقرابة قدم النساء على الرجال، هذا وقد تكلم ابن القيم عن بعض ضوابط الفقهاء فى ترتيب من لهم الحضانة، ويحسن بنا فى هذا المقام أن نذكر ما قاله والضابط الذى وضعه لذلك؛ لأهميته فى هذا المقام ولإمكان الاستفادة منه فى مجال التطبيق العملى، افتاء وقضاء أوفقها عند التوضيح بالنسبة للخلاف الكبير فى هذا الجانب عند الفقهاء ومن الضوابط التى ذكرها ابن القيم للفقهاء فى ترتيب الحاضنة أن الاعتبار فى الحضانة بالولادة المحققة وحتى الأمومة ثم الولادة الظاهرة وهى الأبوة الميراث ثم الإدلاء، فتقدم الخالة على العمة لإدلائها بالأم. وبعد ذكره لهذه الطريقة حمل عليها وندد بفسادها، ومما قاله فيها: وإنه من لوازم تقديم الأمومة تقديم من فى جهتها على الأب ومن فى جهته، ومن ذلك تقديم الأخت لأم وبنت الخالة على الأب وأمه وهذا ليس بسائغ فضلا عن مخالفته لأصول الشرع(1) .

ضابط ابن القيم:

وخلاصة ضابط ابن القيم فى ترتيب الحضانة والذى ارتضاه نقلا عن ابن تيمية ودافع عنه: أن الحضانة ولاية تعتمد على الشفقة والتربية والملاطفة، فأحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات، وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة، فإذا اجتمع أكثر من واحد واستوت درجتهم قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب والجدة على الجد والخالة على الخال. فإن كان ذكرين أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة عند النزاع، وإن اختلفت درجتهما من الولد فإن كانوا من جهة واحدة قدم الأقرب إليه فتقدم الأخت على ابنتها والجد أبو الأم على الأخ للأم، وهذا أحد الوجهين فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ رحمه الله ـ.

---

(1) زاد المعاد ٤/ ٢٤٢ وما بعدها، والأحوال الشخصية فقها وقضاء لعبد العزيز عامر ص ٢٣٠، والولاية على النفس للدكتور حسن الشاذلى ص ٨٦ وما بعدها ـ ص ١٤٣ .

وقيل لا حضانة للأخ لأم مطلقا لأنه ليس عاصبا ولا من نساء الحضانة ومثل الخال ولا ذاع في مذهب أحد أن أبا الأم وأمهاته أولى من الخال.

وإن كانوا من جهتين قرابة الأم وقرابة الأب كالعمة والخالة والأخت للأب والأخت للأم ـ وأم الأب ـ وأم الأم ـ قدم من في جهة الأب في كل ذلك على إحدى الروايتين، وجهة الأم على الرواية الأخرى وكل هذا إذا استوت الدرجة أو كانت درجة جهة الأب أقرب للطفل من جهة درجة الأم، لكن إن قربت درجة جهة الأم عن درجة جهة الأب قدم الأقرب إلى الطفل لقوة شفقته وحنوه. ومن قدم قرابة الأب إنما قدمها مع مساواة قرابة الأب لها، أما إن بعدت قرابة الأب قدمت قرابة الأم. وقال ابن القيم: إن هذا الضابط يمكن به حصر جميع مسائل هذا الباب وحدها على القياس الشرعي، فأي مسألة وردت في الباب أمكن أخذها من هذا الضابط مع كونه مقتضى الدليل ومع سلامته من التناقض[1].

(١) زاد المعاد ٤/ ٣٤٨ وما بعدها، ٢٥١ وما بعدها، والأحوال الشخصية لعبد العزيز عامر ص ٢٣٠ وما بعدها.

المطلب الرابع

شروط الحضانة عند الفقهاء

أولا : الشروط العامة المتفق عليها :

وهى خمسة شروط : البلوغ ، والعقل ، والقدرة على الحضانة ، والأمانة ، وسلامة الحاضن من الأمراض الضارة أو المعدية للغير .

أما اشتراط البلوغ والعقل فلأنهما محل التكليف بنص الحديث ورفع القلم عنهما ، ولأن الحضانة ولاية وهم ليسوا أهلا لها لانعدامها بالنسبة لهم ، فعلى غيرهم من باب أولى لأن فاقد الشيء لا يعطيه لغيره لعدم القدرة عليه . وعلى ذلك فلا حضانة لصغير ولا مجنون ومعتوه بالإجماع .

أما اشتراط القدرة على الحضانة فلأنها ولاية حفظ ورعاية للمحضون وغير القادر يضيعها فيضيع المحضون ، وشرط تحقق الولاية هو تحقق الحفظ فيها . وعلى ذلك فلا حضانة لأعمى وأصم وأخرس ومريض مقعد وعاجز لكبر سنه ؛ لعجزهم فى حق أنفسهم .

أما اشتراط الأمانة فلأن الحضانة ولاية حفظ ورعاية ، والحاضن الفاسق يضر نفسه وهو غير أمين على نفسه بفسقه ؛ فلا يصح أن يكون أمينا على غيره من باب أولى ، ولأن فاقد الشيء لا يعطيه ، وحتى لا ينشأ المحضون على طريقته ، ومن الفقهاء من لم يفرق بين فسق وفسق ، حتى إن بعضهم جعل تارك الصلاة ولو كان متقطعا فاسقا وعلى كل فإن تقدير الفسق سلطة تقديرية للقاضى على ضوء ما يراه محققا لمصلحة المحضون ، ومدى ما يناله من ضرر يقع به فى الحال أو المستقبل ، ويشترط كون الحاضن أمينا فى دينه وماله .

وأما اشتراط سلامة الحاضن من الأمراض الضارة والمعدية فلأن وجودها يتحقق معه ضرر المحضون، والحضانة قائمة على الحفظ والرعاية ومنع الضرر؛ وعليه فلا حضانة لمن به جذام أو برص وما فى حكمها من كل مرض معد لأنه مضر بالطفل أو المحضون، وقد يؤدى به إلى الهلاك، ومدار الحضانة على الحفظ والرعاية لا على الهلاك بإجماع الفقهاء[1] .

ثانيا : الشروط المختلف فيها فى ولاية الحضانة :

اختلف الفقهاء فى بعض شروط الحضانة، وهى اتحاد الدين وخلوها من أجنبى عن الطفل، فبعضهم اشترط هذه الشروط فى الحاضن لثبوت ولاية الحضانة له مطلقا، وبعضهم لم يشترطها من جميع الوجوه، وذلك على النحو التالى :

فبينما اتفق الفقهاء على أن وصف الردة مانع من ولاية الحضانة للرجل والمرأة، اتفقوا أيضا على أن اختلاف الدين بغير الردة يؤثر مع المحضون العاقل المميز؛ لأن حضانة غير المسلم معه تؤثر فيه وقد تجعله يألف الكفر، وهذا ضرر ليس بعده ضرر بالنسبة للمحضون، ولهذا لا حضانة مع اختلاف الدين من عاقل يعقل الأديان وغيرها يتحقق مع الصغير ببلوغه سن التمييز باتفاق الفقهاء ما عدا الظاهرية، حيث إنهم جعلوا الحد هو بلوغ المحضون حد الفهم دون التقيد بسن معينة .

وعند جمهور الفقهاء متى خيف على المحضون أن يألف الكفر نزع من حضانة غير المسلم، وضم إلى حاضن مسلم له الحق فى الحضانة .

وذهب المالكية إلى أن المحضون متى خيف عليه من حاضنه أن يألف معه الكفر ضم هو وحاضنه إلى حاضن من المسلمين ليكون رقيبا عليه[2] .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ٢/ ٨٧١ وما بعدها، وفتح القدير ٣/ ٢١٤، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٢/ ٥٢٨ وما بعدها، والمهذب ٢/ ١٦٩، ونهاية المحتاج ٦/ ٢٧٣ وما بعدها، والمغنى ٩/ ٢٩٧ وما بعدها، والمحلى ١٠/ ٣٢٣ وما بعدها، والولاية على النفس لأحمد فراج ص ٧٠ وما بعدها، مؤسسة الثقافة الجامعية والأشباه والنظائر ص ٣٠٤.

(٢) المختار ٢/ ٨٨٠، والمحلى ١٠/ ٣٢٣، والشرح الكبير مع الدسوقى ٣/ ٥٢٩، والولاية على النفس لفراج ص ٧٥ .

أما إذا كـان المحضون صـغيـرا لا يعقل، وكان الحاضن رجلا، فإنه يشترط فى الحاضن أن يكون متفقا مع المحضون فى الدين، لأن الحضانة فى هذه الحالة ولاية على النفس، والولاية على النفس سبيلها العصوبية والتوارث، واختلاف الدين قاطع للولاية بين المسلم وغيره. ودين الكفر كله ملة واحدة لقوله ـ ﷺ ـ «الناس كلهم حيز ونحن حيز»(١) .

فإن كان الحاضن امرأة وكان المحضون صغيرا لا يميز ولا يعقل، فقد اختلف الفقهاء فى اشتراط اتحاد الدين لتحقق ولاية الحضانة وذلك على قولين :

الأول : إنه لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وهو مذهب الحنفية والمالكية والظاهرية(٢) .

والثانى : إنه يشترط لثبوت الحضانة للحاضن اتحاد الدين بين المحضون والحاضن وإلى ذلك ذهب الحنابلة والشافعية والزيدية والإمامية والأباطية(٣) .

أدلة المذهب الأول : إنه لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون الصغير الذى لا يميز .

١ ـ ما أخرجه أحمد وأبو داود بسنده عن رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى ـ ﷺ ـ فقالت : «ابنتى وهى فطيم أو شبهه، وقال رافع ابنتى، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ اقعد ناحية وقال لها اقعدى ناحية فأقعد الصبية بينهما، ثم قال: أدعواها، فمالت إلى أمها فقال النبى ـ ﷺ ـ اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها»(٤). وقالوا الحديث ظاهر الدلالة فى عدم اشتراط اتحاد الدين فى الحاضن.

---

(١) بدائع الصنائع ٣/ ٤٣، والميراث المقارن للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى ص ٥٣، والولاية على النفس، المرجع السابق ص ٧٦ .

(٢) البحر الرائق ٣/ ١٨٥ وما بعدها، والشرح الكبير ٢/ ٥٢٩، والمحلى ١٠/ ٣٢٣، والولاية على النفس ص ٧٦ .

(٣) كشاف القناع ٥/ ٤٠٧، والمغنى ٩/ ٢٩٧ وما بعدها، والمهذب ٢/ ١٦٩، والتاج المذهب ٢/ ٢٦٧ ـ ٢٩٦ والروضة البهية ٢/ ١٤٠ وما بعدها، وشرح النيل ٣/ ٢٦٨ وما بعدها، والولاية على النفس ـ المرجع السابق.

(٤) سبل السلام ٣/ ٢٢٨ وما بعدها، ونصب الراية ٣/ ٢٠٧ وما بعدها، نيل الأوطار ٦/ ٢٨٠ وما بعدها.

٢ ـ المعقول : «وهو أن الحضانة مناطها الشفقة وهى متوافرة بالفطرة ولا تختلف باختلاف الدين، ومن لا عقل له لا يميز بين دين ودين، فلا خوف عليه من الضرر والوقوع فى الفتنة لأنه لا يدركها ولا يميزها»[١] .

وقد اعترض على الاستدلال بالدليل الأول وهو الحديث بأنه ضعيف ولا يصح الاستدلال به، كما قال الثورى ويحيى بن معين وابن المنذر، حيث قال: إن هذا الحديث لا يثبته أهل النقل؛ لأن فى إسناده مقالا، لأنه من رواية عبد الحميد بن جعفر بن رافع وهو ضعيف وعلى فرض صحته فهو منسوخ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ...﴾[٢] ، وقوله تعالى : ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[٣]، ويقول بالنسخ الصنعانى فى سبل السلام[٤] .

وإما أن يكون ذلك خاصا بالنبى ـ ﷺ ـ لاحتمال أن النبى ـ ﷺ ـ علم أنها تختار أباها بدعوته الهداية لها وهذا يفيد أن كونها مع الكافر خلاف هدى الله، كما قال ابن المنذر وحكاه ابن قدامة[٥] .

وإذا بطل الاستدلال بالنص ضعف الاستدلال بالفعل لتعارضه مع النص صراحة[٦] . لقوله تعالى : ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ .

أدلة المذهب الثانى :

هو اشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ولو كان صغيرا لا يميز :

١ ـ الحضانة ولاية ولا ولاية لكافر على المسلم ولا تصح ولا تثبت لقوله تعالى :

---

(١) المرجع السابق .

(٢) سورة التوبة : ٧١ .

(٣) سورة النساء : ١٤١ .

(٤) سبل السلام ٣/ ٢٢٨ وما بعدها .

(٥) المغنى ٩/ ٣٩٨ .

(٦) المرجع السابق وزاد المعاد ٤/ ١٣٣، وسبل السلام ٣/ ٢٢٨، ورد المحتار ٢/ ٨٨٠، والولاية على النفس ص ٧٧ وما بعدها .

﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ ، ولقوله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ .

٢ ـ قياس ولاية الحضانة على ولاية النكاح وولاية المال التى يشترط فيها اتحاد الدين بلا خلاف بين الولى والمولى عليه ، فإذا اشترط ذلك فى النكاح وفى المال فمع النفس أولى لأن حفظ النفوس وصيانتها مقدمة على حفظ المال وغيره .

٣ ـ العقل : وهو أنه إذا لم تثبت الحضانة للفاسق لعدم أمانته على المحضون لضرره ؛ فلا تثبت للكافر من باب أولى ، لأن ضرر الكافر على المحضون أكثر ضررا من الفاسق ؛ لأنه ليس بعد الكفر ذنب ، لأن الحاضنة تنشئ المحضون الصغير على دينها وتربيه عليه وتخرجه من الإسلام رويدا رويدا ، فإذا نشأ هكذا حتى كبر ، فإما أن يكون على دين الكفار أو يكون فى حكمهم ، ويصعب رده إلى دين الحق والتمسك بأحكام الشريعة فيهجرها عملا وقولا ، ويشهد لذلك حديث النبى ـ ﷺ ـ : «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه» .

الترجيح بين القولين :

والذى يظهر لنا رجحانه هو القول الثانى القائل باشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، وذلك لقوة أدلته وخلوها من المعارض لها ، ووجاهة الأدلة العقلية التى استند إليها أصحاب هذا القول فى توجيه النصوص الشرعية المستدلين بها لاشتراط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون ، وإنه لا ولاية لكافر على مسلم لأن الإسلام يعلى ولا يعلو عليه فى كل الأحوال وفى كل زمان ومكان .

الشرط الثانى من الشروط المختلف فيها :

عدم تزوج الحاضنة بأجنبى عن المحضون .

وقد اختلف الفقهاء فى ضرورة تحقق هذا الشرط لاستحقاق الحاضنة على قولين :

الأول : إن ذلك لا يشترط لأن زواج الحاضنة بالأجنبى عن المحضون لا يسقط الحق فى الحضانة. وإلى هذا ذهب الظاهرية.

القول الثانى : اشتراط الشرط المذكور وهو مذهب الجمهور، بل عامة الفقهاء عدا الظاهرية.

أدلة الظاهرية :

استدلوا بالنص والعقل.

أما النص من الأحاديث الآتية :

١ ـ حديث البخارى عن أنس قال : قدم رسول الله ـ ﷺ ـ المدينة وليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدى فانطلق بى إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال يا رسول الله : إن أنسا غلام كيس فليخدمك. فخدمته فى السفر والحضر(١).

ووجه الدلالة(٢) : إن أنسا كان فى حضانة أمه ولها زوج أجنبى عن أنس هو أبوطلحة، وقد علم هذا الرسول الله ـ ﷺ ـ وأقره.

٢ ـ ما روى أن أم سلمة ـ رضى الله عنها ـ تزوجت النبى ـ ﷺ ـ وبقى ولدها فى حضانتها(٣).

وأما العقل: فقالوا : إنه لا فرق فى النظر والحيطة للمحضون بين زوج الأم وزوجة الأب، فكما يجوز لزوجة أبى المحضون أن تحضن ولده إذا كانت الحضانة له فكذلك يكون لزوج الأم أن يحضن ولدها، والأغلب فى زوج الأم أنه أشفق على المحضون وأقل ضررا عليه من زوجة الأب(٤).

أدلة الجمهور : على اشتراط خلو الحاضنة من زوج أجنبى عن الطفل لاستحقاقها الحضانة.

---

(١) رواه ابن حزم عن طريق البخارى ٣/ ٣٢٥ وأخرجه الصنعانى فى سبل الإسلام ٢/ ٢٢٧.
(٢) المحلى ١/ ٣٢٥.
(٣) المرجع السابق.
(٤) المحلى ١٠/ ٣٢٥، والولاية على النفس ص ٨٣.

استدلوا بالسنة والإجماع والمعقول:

أما السنة: «فيما رواه أحمد وأبو داود والبيهقى والحاكم عن عمرو بن العاص أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه منى فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحى»[1].

والحديث نص صريح فى اشتراط خلو المرأة من أجنبى عن المحضون لاستحقاقها حضانة المحضون وألا ينازعها فيه غيرها[2].

وأما الإجماع: فقد أثبته ابن المنذر، وقال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها وبه قضى شريح[3].

ومستند الإجماع حديث النبى - ﷺ - السابق، وما رواه عبد الرزاق بسنده عن سفيان الثورى عن عاصم بن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر إلى أبى بكر وكان عمر قد طلقها ونازعها فى ابنها منه، فقال أبو بكر: هى أعطف وألطف وأرحم وأحن وأرأف وهى أحق بولدها ما لم تتزوج، وقد وافق عمر أبا بكر فى قضائه ولم ينازعه فيه وكان يحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعا[4].

وأما المعقول: فلأن الحضانة تبنت نظرا للصغير وقد فات هذا النظر بزواج الحاضنة من أجنبى عنه لانشغالها بالأجنبى عنه، ولأن شأن الأجنبى عادة أن ينقضه ويتمنى ضرره وإبعاده عنه لأنه يرى المحضون غريمه فى حب زوجته وهى أمه، وفى ذلك من الضرر بالصغير ما لا يخفى على كل صاحب عقل ونظر، بخلاف فى زواجها من ذى رحم محرم للطفل لما له من الشفقة والعطف عليه بسبب صلة الرحم المأمور بوصلها شرعا، وصلة القرابة الشرعية الداعية للعطف وللشفقة بطبيعتها[5].

---

(١) نيل الأوطار ٦/ ٢٧٩، والولاية على النفس ص ٨٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المغنى ٩/ ٣٠٦.

(٤) نصب الراية ٣/ ٢٦٦، والمغنى ٩/ ٣٠٦.

(٥) المغنى ٩/ ٣٠٦ وكشاف القناع ٥/ ٤٠٨، والبحر الرائق ٣/ ١٨٣، ونهاية المحتاج ٦/ ٢٧٣ وما بعدها، وشرح الخراش / ٣٥٦ وحاشية الدسوقى ٢/ ٥٣٠ وما بعدها.

الترجيح بين الأقوال :

والذى نراه راجحا هو مذهب جمهور الفقهاء لقوة دليله بيبح حيث النص والإجماع والعقل، وذلك لأن بقاء الولد أو المحضون فى يد الحاضنة مع زواجها بأجنبى عنه له آثاره الضارة على الطفل وعلى نفسيته ومستقبله وحياته العملية، لأنه فضلا عما للحاضنة لزوجها عليها من القوامة التى تجعلها فى خدمته وطاعته بمقتضى الحق الشرعى الممنوح للزوج ولرعاية أمره وأمر بيته؛ مما يجعلها عاجزة عن القيام بواجب الحضانة ورعاية المحضون على الوجه الشرعى المطلوب، فإن الولد المحضون سوف يجد نفسه فى بيت غريب عنه غير حريص على تربيته ورعاية أمره، كما هو حال أبيه أو من هو ذو رحم محرم له، بل سوف تكون بسببه مشاكل كثيرة ومستمرة يراها بين أمه وزوجها، وهذا مشاهد وواقع فى الغالب، وهذا يلحق بالمحضون الجفاء والذلة وتربى فيه الخضوع والاستكانة، ويخرج إلى الحياة بعد ذلك يحس أنه شخص منبوذ منذ نعومة أظفاره منعزل عن رابطة المجتمع، ويرغبه فى الانزواء عن المجتمع لإحساسه بالظلم فيه، ومن ثم فلا ينظر منه أن يؤدى إلى المجتمع عملا صالحا، بل ربما يقوم بأعمال تضر به كرد فعل للضرر الذى أصابه، والظروف الاجتماعية التى عاش فيها مع أجنبى عنه لا يعطف عليه ولا يرحمه، وأما ما اعترض به الظاهرية على الحديث الذى استدل به الجمهور «أنت أحق به ما لم تنكحى» من أنه ضعيف وأنه لا يصح الاستدلال به، لأنه من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو متروك، فإنه مردود بما أجاب عنه الصنعانى وغيره بأن حديث عمرو بن شعيب قبل الأئمة وأخرجه البخارى وأحمد وابن المدينى والحميدى وإسحاق بن راهويه وأمثالهم، ومن ثم فلا يلتفت إلى القدح فيه[1] .

ولا يتعدى الأحاديث التى استدل بها ابن حزم على معارضة حديث الجمهور، لأنه لا تعارض بينهما، ولأنه حديث لا يفيد فى رد مذهب الجمهور لأن حديث أنس الذى عول عليه ابن حزم لمذهبه، إنما يدل على مجرد البقاء عند

---

(١) سبل السلام ٣/ ٢٢٧ .

عدم المنازعة من أصحاب الحق فى الحضانة ، ولأنهم إذا رأوا أن مصلحته مع شخص معين فلهم الحق فى تركه معه قريبا أو بعيدا ، لأن هذا النزاع فيه عند منع الضرر عنه ، وإنما الخلاف عند التنازع عليه فى الحضانة وحصول الضرر له ، وبهذا لا يدل الحديث لابن حزم لاحتمال عدم المنازع ولاحتما أنه لم يبق له قريب غير أمه ، ولم يذكر فى الخبر أنه حصل نزاع فى ذلك ، وأما حديث أم سلمة فيقال فيه ما يقال فى حديث أنس وبأن النبى - ﷺ - لا يعد زوجا ، بل هو رسول ونبى فهو رءوف رحيم على كل المؤمنين بالنص ، وبذلك يرجح مذهب الجمهور بالنص والعقل والله أعلم[1] .

---

(١) نيل الأوطار ٦/ ٢٧٩ ، سبل السلام ٣/ ٢٢٧ ، والولاية على البيت ولاية التربية والحفظ ص ٨٣ وما بعدها .

المبحث الثالث

ولاية الإنفاق الخاصة ونطاقها الشرعى

أولا : نفقة الأقارب :

النفقات جمع نفقة وهى فى اللغة مشتقة من الإنفاق، والإنفاق فى اللغة الإخراج ولا يستعمل إلا فى الخير[1]، ومنه قوله تعالى : ﴿وَمَا تُنفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لا تُظْلَمُونَ﴾[2]، وقوله تعالى : ﴿وَأَنفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[3]، وقوله تعالى : ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنبُلَةٍ مِّائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَن يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾[4]، ولهذا ترجم لها الخطيب الشربينى بكتاب النفقات تبعا للنووى دون الغرامات مع أن فيها يغرم الإنسان ماله لغيره، وقد جمعت فى الترجمة لاختلاف أنواعها وهى إما عامة وهى الخاصة ببيت المال العام، وإما خاصة وهى المتعلقة بالأفراد .

أقسام النفقة الخاصة :

النفقة الخاصة تنقسم إلى قسمين رئيسيين، الأول: نفقة الإنسان على نفسه، والثانى : نفقة الإنسان على غيره .

والنفقة على النفس واجبة، ولذا وجبت نفقة الإنسان على نفسه وهى مقدمة

---

(١) مختار الصحاح مادة النفقة من الإنفاق ومغنى المحتاج ٣/ ١٢٥ .

(٢) سورة البقرة : ٢٧٢ .

(٣) سورة البقرة : ١٩٥ .

(٤) سورة البقرة : ٢٦١ .

على نفس الغير ونفقته، لقوله ـ ﷺ ـ : «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[1] ، وسبب وجوب النفقة على النفس هو الحفظ والصيانة من الهلاك وهو مأمور به لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾، ولقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ﴾ مع حديث «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» .

وأما القسم الثانى من النفقات الخاصة فهو النفقة على الغير، وتجب هذه النفقة لأسباب ثلاثة هى: النكاح والقرابة والملك[2] ، ولا خلاف بين الفقهاء فى وجوب نفقة الغير بالسبب الأول والسبب الثالث وكذا الثانى من حيث الإجمال لا التفصيل، لأن للمذاهب خلافا من حيث التفصيل فى وجوب نفقة الغير بسبب القرابة، وذلك على النحو التالى :

١ ـ فهى عند مالك والشافعى تجب بالأسباب الثلاثة السابقة[3] ، ولكنهما بالنسبة لنفقة الأقارب اقتصروا فى وجوبها على عمودى النسب وإن ضيق الإمام مالك فى ذلك كثيرا، حيث قصرها فى الأصول على الأم والأب فقط، وفى الفروع على الابن والبنت فقط دون ابن الابن وبنت الابن، وهى تجب للولد الصغير حتى يبلغ فقط، وتجب للبنت حتى تتزوج[4] . فنفقة القريب عنده منحصرة فى الدرجة الأولى من الأصول فقط والفروع فقط، حيث لا ملحظ عنده لمطلق القرابة ولا للإرث ولا للرحم فسبب وجوب النفقة بالقرابة عند مالك للقريب هو الجزئية والصلة المباشرة من غير واسطة[5] .

أما الشافعى ـ رحمه الله ـ فقد جعل سبب نفقة القريب هو عمودى النسب العلوى والسفلى مطلقا أى الأب وإن علا وكذا الأم وإن علت والابن وإن نزل[6] وليس لبقية القرابة من العصبة أو الرحم حظ فى النفقة لهذا السبب .

---

(١) مغنى المحتاج ٣/ ٤٢٥، ومسلم ٧/ ٢٨٢، والنسائى ٥/ ٦٩، وأحمد ٣/ ٣٠٥، والزركشى ٦/ ١١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق والمهذب ٢/ ١٥٩ ، ١٦٥ ، ١٦٧ .

(٤) الأحوال الشخصية لعبد العزيز عامر ص ٣١، وحاشية الدسوقى ٢/ ٥٠٨ وما بعدها، ومختصر خليل ص ١٦٦ وما بعدها.

(٥) الأحوال الشخصية لعبد العزيز عامر ص ٣١، وحاشية الدسوقى ٢/ ٥٠٨ وما بعدها، ومختصر خليل ص ١٦٦ وما بعدها.

(٦) مغنى المحتاج ٣/ ٤٢٥ .

٢ ـ أما أبو حنيفة وأصحابه: فإن نفقة القريب عندهم تجب بسبب القرابة مطلقا أى القرابة النسبية وقرابة الرحم، حسب القاعدة الخاصة باستحقاق الميراث لأن الغرم بالغنم(١)، حسب القاعدة الشرعية.

٣ ـ وأما الإمام أحمد بن حنبل فهو يتفق مع مذهب الإمام الشافعى من حيث الأصول والفروع، ولكنه يختلف عنه فى أنه أوجبها على القرابة التى ترث وتتصل بعمودى النسب، وذلك فى إحدى الروايتين عنه وهى المشهورة فى المذهب(٢).

ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى لأن النفقة على ذلك سبب وجوبها القرابة مع الإرث، وهو بذلك يتفق مع مذهب الإمام أبى حنيفة فى الجملة، وإن اختلف معه من حيث التفصيل، حيث قصرها الإمام أحمد على عمودى النسب وما يتصل به، أما الإمام أبو حنيفة فلم يقتصر على ذلك، حيث أدخل فيها قرابة ذوى الأرحام مطلقا بشرط الإرث.

٤ ـ وأما الرواية الثانية عن الإمام أحمد، فإنه لا يجب النفقة إلا على العصبات فقط من عمودى النسب، وعلى ذلك فهى لا تجب على العمة والخالة ونحوها، إذ النفقة معونة ما اختصت بالعصبات كالعقل فى الدية.

أما ذوو الأرحام من غير النسب، فإن النفقة لا تجب لهم رواية واحدة على المنصوص فى المذهب والمجزوم به عند كثيرين من الأصحاب حتى قال القاضى: رواية واحدة إذ قرابتهم ضعيفة، وإنما يأخذون المال عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين(٣). وقد خرج أبو الخطاب وجوبها على توريثهم وهو قوى فى المذهب(٤)، ولكن هل المراد توريثهم فى الجملة أى استحقاقهم للميراث لولا الحاجب لهم أى الوارث بالفعل، وهو الذى تتوافر فيه شروط الميراث ولا يحجبه حاجب؟ أم لا؟ فيه روايتان فى المذهب، والمختار منهما عند القاضى وأبى الخطاب

---

(١) الاختيار ٤/ ٣ وما بعدها، ١٢ وما بعدها.
(٢) شرح الزركشى ٦/ ٣ وما بعدها ١٣٢ وما بعدها.
(٣) شرح الزركشى ٦/ ١٣ وما بعدها.
(٤) المرجع السابق ٦/ ١٤.

وأبى محمد وغيرهم اشتراط الإرث فى الحال أى كون المتفق يرث المتفق عليه فى الحال لو مات مستحق النفقة[1] .

واشترط الحد فى وجوب النفقة على الوارث ألا يكون للمتفق عليه أب أى أصل، وهويشمل الوالد والوالدة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2] ، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾[3]، وقوله - ﷺ - لهند: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»[4] .

وهذا يختلف عن مذهب الحنفية فى وجوبها على ذوى الأرحام، ولكن ذوى الرحم المحرم مقدم فى الدرجة عند الحكم بوجوب النفقة عليه على القريب غير ذى رحم محرم، وإن كان من عصبته، كما فى الخال وابن العم الموسرين لفقر ابن أخت الأول وابن عم الثانى، حيث تجب على الخال لأنه قريب وارث فى الجملة ذو رحم محرم، بخلاف ابن العم لأنه قريب فقط وليس ذا رحم محرم، وإن كان يرثه ابن عمه دون الخال الذى يحجبه، وبذلك خالف الحنفية قاعدتهم الأصلية فى علة وجوبها للقريب غير الأصل والفرع وهى قاعدة «الغرم بالغنم»[5] .

مستند الفقهاء فى وجوب نفقة الغير :

وقد استند الفقهاء لوجوب النفقة على الغير بأسبابها الثلاثة السابقة، وهى الزوجية والملك والقرابة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع، ففى وجوبها للزوجة على زوجها الإجماع وسند الإجماع قوله تعالى : ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[6] ، وقوله - ﷺ - فيما رواه مسلم وغيره بسنده

(١) المرجع السابق ٦/ ١٤ .

(٢) سورة الطلاق : ٦ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

(٤) رواه البخارى ومسلم عن عائشة - رضى الله عنها - والبخارى فى البيوع والنفقات ومسلم فى الأقضية ١٢/ ٧، وانظر فى تخريجه شرح الزركشى ٦/ ٦ حاشية رقم ١ .

(٥) بدائع الصنائع ٤/ ٣٠ وما بعدها وشرح الزركشى ٦/ ١٤ وما بعدها .

(٦) سورة الأحزاب : ٥٠ .

عن جابر ــ رضى الله عنه ــ : «اتقوا الله فى النساء، فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[1] وقوله ـ ﷺ ـ لهند زوجة أبى سفيان فيما رواه البخارى ومسلم «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2] ، وقوله ـ ﷺ ـ فيما رواه أحمد والدارقطنى من حديث أبى هريرة بسنده «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك ممن تعول تقول: أطعمنى وإلا فارقنى ... الحديث»[3] ، وأما مستند وجوبها للمملوك على الإنسان مطلقا فهو قوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[4] والإجماع على وجوبها للمملوك للإنسان مطلقا إنسانا كان أو غيره أى رقيقا أو حيوانا[5] ، وأما مستند وجوبها للقريب فى الجملة فهو قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾[6] ، وقوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ....﴾[7] ، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[8]، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[9]، وقوله ـ ﷺ ـ فى حديث هند «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» وقوله ـ ﷺ ـ لرجل فيما رواه جابر عنه وأخرجه مسلم وغيره «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، وإن فضل عن أهلك شيء فلذى قرابتك، فإن فضل عن ذى قرابتك شيء فهكذا وهكذا»[10] .

---

(١) سورة الطلاق : ٧ .

(٢) انظر مسلم كتاب الحج، وشرح الزركشى على الجوف ٦/ ٣، ومسند أحمد ٢/ ٥٢٧ .

(٣) انظر البخارى ومسلم ١٢/ ٧ وشرح الزركشى ٦/ ٣، والدار قطنى ٣/ ٢٩٥ .

(٤) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٥) شرح الزركشى ٦/٣، والمهذب ٢/ ١٦٥، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ٢/ ٥٢٢، والمغنى ٧/ ٦٢٩ .

(٦) سورة الطلاق: ٧ .

(٧) سورة النساء : ٣٦

(٨) سورة البقرة: ٢٣٣ .

(٩) سورة الطلاق: ٦ .

(١٠) انظر مسلم ٧/ ٨٢، والنسائى ٥/ ٦٩، وأحمد ٣/ ٣٠٥ ، وشرح الزركشى ٦/ ١١ .

وقوله - ﷺ - فيما رواه النسائى بسنده[1] ، «يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول: أمك وأباك، أختك وأخاك، ثم أدناك أدناك» وقوله - ﷺ - فيما رواه أبو داود وسنده من كليب بن منفعة عن جده أنه أتى النبى - ﷺ - فقال يا رسول الله من أبدأ قال : «أمك وأباك وأختك وأخاك ومولاك الذى يلى ذاك حق واجب ورحم موصلة»[2] .

والإجماع قائم على وجوبها للقريب فى الجملة للأدلة السابقة[3] .

التكييف الفقهى لنفقة القريب عند الفقهاء وسبب الخلاف فى درجاتها :

إذا كان الفقهاء يجمعون فى الجملة على وجوب النفقة للقريب بسبب الأدلة الشرعية الصحيحة والنصوص السابقة من الكتاب والسنة ، فإنهم قد اختلفوا فى تفسير درجة القرابة التى يجب لها هذه النفقة، حسب تكييفهم لهذا النصوص من حيث عمومها وخصوصها، ومدى العمل بها من حيث درجة الأحاديث والآثار الواردة فى ذلك والإلزام بها.

١ ــ والتكييف الفقهى لهذه النصوص عند الإمام مالك ــ رحمه الله ــ أنها تدل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، ونفقة المملوك على مالكه ونفقة الأب على ابنه والابن على أبيه ولا تتعدى الأب إلى الجد ولا الابن إلى ابن الابن، لأن النصوص لا تدل على ذلك فى ظاهرها، فيجب أن توقف عند ذلك ولا يؤخذ من النصوص من حيث ظاهرها وجوب النفقة على غير المنصوص عليها فيها، ولا يصح أن يقاس غيرهم عليهم، وذلك لعدم توافر العلة فى الفرع الذى يقاس على الأصل بنفس حالتها وقوتها فى الأصل، وهى قوة القرابة وإيجابها بهذا القياس غير ملزم شرعا، وذلك لفساد الدليل الذى اعتمد عليه الحكم الشرعى وهو القياس الفاسد الذى لم تتوافر له أركانه وشروطه، وقال مالك: إن الجد لا يسمى

---

(١) سنن النسائى ٥/ ٦١ ، وشرح الزركشى ٦/ ١١ ، ١٢ .

(٢) سنن أبى داود ٥١٤ ، وشرح الزركشى ٦/ ١٠ .

(٣) راجع المغنى ٧/ ٥٨٢ وما بعدها، وشرح الكبير مع الدسوقى ٢/ ٥٢٢ وما بعدها، والمهذب ٢/ ١٦٥ ، والسراج على المنهاج ص ٤٧١ ، ومغنى المحتاج ٣/ ٤٤٦ ، والاختيار ٥/ ١٢ وما بدها.

أبا لأن الجد ليس بأب على جهة الحقيقة، والواقع وإن سمى أبا فى اللغة لأن العبرة بالحقيقة الشرعية لا بالحقيقة اللغوية فى الأحكام الشرعية والفقهية، وكذلك الأمر بالنسبة لابن الابن لأن ابن الابن لا يسمى ابنا فى لسان الشرع، وإنما سمى ابن الابن ابنا فى اللغة، وإذا كانت النصوص الشرعية بظاهرها لا توجب النفقة لقرابة عمودى النسب غير الأصل الأول والفرع الأول، فكيف تكون هذه النصوص موجبة بظاهرها لنفقة غيرهم من الحواشى القريبة أو البعيدة وقرابة ذوى الأرحام من غير عمودى النسب وما يتصل بهما[1] .

٢ ــ أما الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعى والإمام أحمد ــ رحمهم الله ــ فقد أوجبوا نفقة الزوجة والمملوك، ونفقة القريب لعمودى النسب مهما علت درجتهما أو نزلت؛ اعتمادا على ظاهر النصوص وعلى أن الجد فى اللغة والشرع يسمى أبا على جهة الحقيقة، وكذلك ابن الابن يسمى ابنا فى لسان الشرع، ويشهد لذلك من لسان الشرع قوله تعالى : ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِن قَبْلُ وَفِي هَٰذَا ﴾[2]، وقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾[3] .

وقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾[4] .

فقد سمى الله سبحانه وتعالى فى الآية الأولى إبراهيم أبا للمسلمين مع أنه جد لهم، فدل على أن الجد أب فى اللغة والشرع معا، ويؤيد ذلك الآية الثانية التى بينت أنه يثبت للجد من الحقوق ما يثبت للأب عند عدم الأب، فما كان يأخذه الأب فى حياته يأخذه الجد بدلا عنه عند مماته، فنصيب الأب مع الولد فى الميراث هو السدس فقط، وهذا السدس هو نصيب الجد مع الولد عند عدم وجود الأب فى الميراث .

---

(١) راجع الأحوال الشخصية لعبد العزيز عامر فقها وقضاء فى نفقة الأقارب ص ٤٣٣ .
(٢) سورة الحج : ٧٨ .
(٣) سورة النساء : ١١ .
(٤) سورة النساء : ١١ .

وهذه الآية نفسها دلت على أن ابن الابن يسمى ابنا فى الشرع على جهة الحقيقة؛ لأن لفظ الولد فى الآية بالإجماع يشمل الابن وابن الابن وإن نزل، ولم يقل أحد من الفقهاء بأن الولد فى الآية مفسر بالابن فقط، فدل على أن الولد فى الآية وهو الابن مفسر بأنه الابن وابن لابن وإن ترك، ولا يسمى ابن الابن ابنا إلا مع عدم وجود الابن، وعند عدمه يحل محله ابن الابن ويكون ابنا شرعيا أى له حقوق الابن الشرعية، وفضلا عن ذلك فإن بين الأصول والفروع قرابة فوجب العتق بالإجماع وكذلك رد الشهادة فأشبهت القرابة البعيدة منها القريبة منها، فأشبه الوالد والولد البعيدين القريبين منهما فثبت أن حكمها من حيث وجوب النفقة لهما أو عليهما بشروطها كنفقة الأصول والفرع الأولى[1]، ولما كان الأصول آباء والفروع أبناء مهما بعدوا، فإنهم يدخلون فى عموم النصوص السابق ذكرها وتكون النفقة واجبة بين الأصول والفروع على عمودى النسب سواء علوا أو نزلوا فى درجاتهم، وعند هذا الحد وقف الشافعى فى وجوب النفقة على القريب، حيث لم يوجبها بسبب قرابةالرحم المحرمية، حيث لا تجب لأحد غير هؤلاء من الحواشى وذوى الأرحام من الأقرباء وإن كانوا يرثون فى الجملة لأن الإرث عندهم ليس سببا فى وجوب نفقة القريب[2].

وإنما السبب فيها هو القرابة المتصلة بعمودى النسب من حيث الفرع أو الأصل أى الجزئية أو الكلية[3]، وقد اقتصر الإمام الشافعى على ذلك فى تفسير حد القرابة الموجبة للنفقة بهذا السبب، حيث اقتصر على قرابة عمودى النسب. أما الإمام أبو حنيفة والإمام أحمد؛ فإنهم قد وسعوا دائرة القرابة فى وجوب نفقة القريب، حيث شملت عندهم الأصول والفروع والحواشى وذوى الأرحام، حيث بنيت على قاعدة الميراث إجمالا وإن وجد خلاف بينهم من حيث التفصيل، لأن سبب القرابة عندهم تبنى على قاعدة الغرم بالغنم.

فأبو حنيفة وأصحابه ـ رحمهم الله ـ قالوا: إن النفقة للقريب تجب فضلا عن نفقة الأصول والفروع بسبب قرابة الرحم المحرمية لا بسبب الولادة وحدها،

(١) السراج على المنهاج ص ٤٧١ وما بعدها، والمهذب ٢/ ١٦٥ وما بعدها.
(٢) المهذب ٢/ ١٦٦.
(٣) المرجع السابق.

ولا بسبب قرابة العصبة وحدها حسب قواعد الميراث، وإنما بسبب قرابة الرحم المحرمية التى تضم كل ذلك.

وقد استند الحنفية فى إيجاب النفقة لذى الرحم المحرم على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالنصوص الشرعيةالقاطعة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ....﴾(1)، وقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾(2) ، وقوله - ﷺ - فيما رواه النسائى عن طارق المحاربى قال: «قدمت المدينة فإذا رسول الله - ﷺ - قائم على المنبر يخطب بين الناس وهو يقول: يد المعطى العليا، وابدأ بمن تعول: أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك»(3) ، وقال الحنفية: إن قرابة الرحم من أولى القرابات صلة، فهى تحرم النكاح ويثبت بها العتق عند الملك وتمنع وجوب القطع فى السرقة، بخلاف القرابة غير المحرمية فهى غير واجبة الوصل ولا يحرم قطعها، ولهذا لا يثبت بها العتق عند الملك ولا يحرم بها النكاح ولا تمنع وجوب القطع للسرقة، ولما كان هذا الرحم المحرم يحرم قطعه ويجب وصله، فلا يكون فيها نكاح ولا ملك ولا قطع، ومتى كانت الرحم المحرمية كذلك فإنه يجب وصلها بالاتفاق إذا توافرت بها شروط الوجوب، وعلى ذلك فشرط وجوب النفقة للقريب غير الأصل والفرع هو تحقق شرط المحرمية بينهما، ومراعاة درجة الترتيب حسب قواعد الميراث(4) ، فشرط المحرمية عندهم مقدم على شرط الميراث، وعلى هذا إذا وجد قريبان كل منهما يستحق النفقة أحدهما يرث والثانى لا يرث، ولكن كان الذى يرث غير ذى محرم، والذى لا يرث محرم، فإنه تجب النفقة على القريب ذى الرحم المحرم وإن كان لا يرث كما فى ابن العم والخال، حيث تجب على ا لخال وحده النفقة ولا تجب على ابن العم، مع أن ابن العم هو الذى يرث وحده دون الخال إذا لم يكن لمستحق النفقة غيرهما، وذلك لعدم تحقق شرط المحرمية مع ابن

---

(1) سورة النساء: 36 .

(2) سورة الإسراء: 23 .

(3) نقله عبد العزيز عامر فى كتابه الأحوال الشخصية فقه الأقارب ص 437، وفى سنن النسائى 5/ 61، وقد رواه غيره كما تخريجه لشرح الزركشى 6/ 12 .

(4) انظر بدائع الصنائع 4/ 30 وما بعدها، وفتح القدير 3/ 350، والزيلعى على الكنز 3/ 64 .

العم لأنه يصح النكاح بينهما لو كان أحدهما أنثى، وقالوا فى قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ المراد وعلى الوارث من النفقة والكسوة مثل ما يرث، وليس المراد منها ترك المضارة، كما قال المخالف بناء على تفسير ابن عباس ـ رضى الله عنه ـ بذلك وهو ترجمان القرآن.

وعلى ذلك يكون تفسير الآية عندهم أنه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة بولدها ولا المولود له بولده، وعلى الوارث من النفقة والكسوة مثل ما على المولود له، وقد روى ذلك التفسير عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت ـ رضى الله عنهم ـ وجماعة من التابعين، وعلى ذلك يكون العطف فى قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك معطوفا على قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾. ويؤيد ذلك التفسير قواعد اللغة العربية من ظاهر النص، لأن العطف على ذلك التفسير يكون عطف اسم على اسم وهو الشائع لا عطف اسم على فعل كما فى التأويل الأول، وقالوا: إن جماعة من المفسرين جعلوا العطف فى الآية على كل من النفقة والكسوة وترك المضرة، لأن الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحذف الواو، وأنه حرف جمع وقالوا كذلك: إن تأويل ابن عباس لا يفيد المخالفين لا ينفى وجوب النفقة بل يوجبها، لأن المضارة المنهى عنها مطلقة فى النفقة وغيرها، فيجب على الوارث مثل ما وجب على الأب بأن يسترضع الوالدة بأجرة مثلها، ولا يخرج الولد من يدها إضرارا بها. ومتى ثبت هذا فالآية تقتضى ظاهرها وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث إلا من خص بدليل(1).

وأما الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فعنده القرابة الموجبة للإنفاق هى التى يكون فيها القريب الموسر وارثا بطالب النفقة على فرض أنه مات وترك مالا، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ أى من النفقة والكسوة، يوجبها على الوارث لمورثه كما يوجبها على الوالد لولده، ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى أن يكون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس، وأنه لذلك يجب أن يختص بوجوب النفقة عليه دونهم إذ الغرم بالغنم، وعلى ذلك لا يجب نفقة عند امتناع الإرث، كما فى اختلاف الدين والحجب إذا كان الحاجب موسرا، فإن كان معسرا اعتبر كأن

---

(1) المرجع السابق، والأحوال الشخصية لعامر ص ٤٣٥ .

لم يكن ووجبت على من يليه، وإن لم يرث حالا لأن شرط وجوب النفقة للقريب حيث تجب مع اليسار بخلاف نفقة الزوجة والمملوك.

ويشترط أحمد فى وجوب النفقة فى قرابة وذى الأرحام الإرث بينهما مع اليسار إن كانت القرابة فى عمودى النسب قولا واحدا. وقيل تجب فى عمودى النسب ورثوا أم لم يرثوا[1] .

أما فى غير عمودى النسب فقولان فى المذهب :

أحدهما : لا تلزمهم وإن ورثوا، وذلك لضعف القرابة .

والثانى : تجب عليهم النفقة لأنهم وارثون فعلا عند عدم العصبة وذوى الفروض فى الميراث[2] .

الترجيح بين وجهات النظر للمذاهب السابقة فى إيجاب النفقة بسبب القرابة:

والذى نراه راجحا فى إيجاب نفقة القريب بسبب القرابة هو ما ذهب إليه الفقهاء كما فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ لأنه أوسع المذاهب الفقهية وأعدلها من حيث القواعد التى وضعها للحكم بها فى الإيجاب، وأن مذهب الإمام أحمد أوسع من مذهب الإمام أبى حنيفة فى غير ذوى الأرحام، وإن كان مذهب أبى حنيفة أوسع من مذهب أحمد فى ذوى الأرحام.

وقد قال ابن القيم فى سبب ترجيح مذهب أحمد: أنه هو الصحيح فى الدليل وهو الذى يتفق وقواعد الشرع وصلة الرحم التى أمر الله بها أن توصل، ولأن النفقة تجب شرعا بشيئين: بالميراث بكتاب الله، وبالرحم بسنة رسول الله ـ ﷺ ـ، وقد

---

(١) وذلك كأب الأم وابن البنت، وانظر المغنى ٧/ ٥٨٦ وما بعدها .

(٢) الروض المربع شرح زاد المستقنع على هامش نيل المارب بشرح دليل الطالب ٢/ ١٧٤ وما بعدها، والمغنى ٧/ ٥٨٢ وما بعدها ٥٦٣ وما بعدها ص ٤٤٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٥٤، وشرح الزركشى ٦/ ٩ وما بعدها ١٣ وما بعدها .

حبس عمر - رضى الله عنه - عصبة صبى لم ينفقوا عليه وكانوا بنى عمه، وقال زيد بن ثابت إذا كان عم وأم فعلى العم بقدر ميراثه وعلى الأم بقدر ميراثها ولم يخالفهما أحد من الصحابة، وإن هذا قول جمهور السلف.

ويدل عليه قوله تعالى: ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ وأن النبى - ﷺ - أوجب العطية للأقارب وكذا النفقة، كما فى حديث طارق المحاربى عند النسائى عن النبى - ﷺ -: «يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول: أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك».

ومذهب الإمام أحمد هو أعدل المذاهب بالنسبة لغير نفقة الأصول؛ لأنه جعل مناطها الميراث، وهذا المعيار أدنى إلى القبول وأقرب إلى العدالة، وما ذهب إليه الحنفية من وجود النفقة فى ذى الرحم المحرم بصرف النظر عن الميراث ليس له سند قوى، وقولهم: إن المراد من الوارث هو القريب الذى له رحم محرم لا مطلق الوارث، اعتمادا على ما عرف من قراءة عبدالله بن مسعود فى أن «وعلى الوارث مثل ذلك» بأنه قرأها «وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك».

وذلك لعدم تواترها بين الصحابة لاحتمال أنه قرأها على التفسير لا على القرآن المنزل، وأيضا بأنها تخالف ما عليه مصحف عثمان، ونحن مقيدون بتفسير ما جاء فى المصحف المقروء لا بما جاء فى قول بن مسعود وانفرد به، ثم إن مذهب أبى حنيفة فى بعض جزئياته قد يؤدى إلى نتائج عكسية وغريبة تخالف ما بنى عليه مذهبه من القواعد فى إيجاب النفقة، كما فى الفقير مستحق النفقة الذى له ابن عم وخال موسر، حيث أوجبوا النفقة على الخال دون ابن العم مع أن الخال لا يرث مع ابن العم حسب قواعد الميراث، وذلك لأن الخال وارث فى الجملة وذو رحم محرم بخلاف ابن العم فليس هو ذو رحم محرم، ولذلك وجبت على الخال وحده وإن كان لا يرث لاجتماع شرط النفقة معه دون ابن العم، وهذا لا يتفق بحال مع قاعدة «الغرم بالغنم»، التى يجب العمل بها عندهم فى مذهبهم ولا يتفق مع قواعد العدالة فى الشريعة الإسلامية، ولهذا قلنا بترجيح مذهب الإمام أحمد بن حنبل، والله أعلم[1].

(١) راجع زاد المعاد ٤/ ٣١٩ وما بعدها، وعبد العزيز عامر ٤٣٥ وما بعدها - المرجع السابق.

الفهرس

رقم الإيداع ٢٠٠٢/٥٩٨٠
الترقيم الدولى 7 - 0820 - 09 - 977

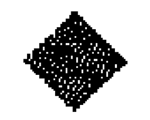
مطابع الشروق
القاهرة :٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت:٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس:٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ـ٨١٧٢١٣ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥(٠١)

الولايات الخاصة

الولاية
على النفس والمال
فــى
الشريعــة الإســلاميــة

إن من التشريعات الإسلامية والنظم القانونية التى يحتاجها الإنسان فى حياته الدنيوية لتحقيق خلافته الشرعية لله فى الأرض وعبادته فيها حق العبادة بما يحقق له الحصول على منافع الحياتين معا ودوامها له معا فى الدنيا والآخرة، تلك التشريعات التى تتعلق بالولاية الخاصة للإنسان على نفسه وماله أو على نفسه فقط أو على نفس غيره وماله أو على نفسه فقط أو على ماله فقط وعليها جميعا.

ونظرا لأن هذا الجانب من الفقه التشريعى الإسلامى لم يأخذ حظه الكامل من البحث والدراسة المعاصرة، بما يناسب الحال والمقام؛ فقد حاولت بهذه الدراسة جهد استطاعتى أن تكون عونا لطلاب العلم والباحثين فيه والقضاة والمفتين للوصول إلى تحقيق هذا الهدف النبيل.



دار الشروق
القاهرة: ٨ شارع سيبويه المصرى - رابعة العدوية - مدينة نصر
ص.ب: ٣٣ البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩ - فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
e-mail:dar@shorouk.com